This is a reproduction of a library book that was digitized by Google as part of an ongoing effort to preserve the information in books and make it universally accessible.

Google™ books

https://books.google.com

A propos de ce livre

Ceci est une copie numérique d'un ouvrage conservé depuis des générations dans les rayonnages d'une bibliothèque avant d'être numérisé avec précaution par Google dans le cadre d'un projet visant à permettre aux internautes de découvrir l'ensemble du patrimoine littéraire mondial en ligne.

Ce livre étant relativement ancien, il n'est plus protégé par la loi sur les droits d'auteur et appartient à présent au domaine public. L'expression "appartenir au domaine public" signifie que le livre en question n'a jamais été soumis aux droits d'auteur ou que ses droits légaux sont arrivés à expiration. Les conditions requises pour qu'un livre tombe dans le domaine public peuvent varier d'un pays à l'autre. Les livres libres de droit sont autant de liens avec le passé. Ils sont les témoins de la richesse de notre histoire, de notre patrimoine culturel et de la connaissance humaine et sont trop souvent difficilement accessibles au public.

Les notes de bas de page et autres annotations en marge du texte présentes dans le volume original sont reprises dans ce fichier, comme un souvenir du long chemin parcouru par l'ouvrage depuis la maison d'édition en passant par la bibliothèque pour finalement se retrouver entre vos mains.

Consignes d'utilisation

Google est fier de travailler en partenariat avec des bibliothèques à la numérisation des ouvrages appartenant au domaine public et de les rendre ainsi accessibles à tous. Ces livres sont en effet la propriété de tous et de toutes et nous sommes tout simplement les gardiens de ce patrimoine. Il s'agit toutefois d'un projet coûteux. Par conséquent et en vue de poursuivre la diffusion de ces ressources inépuisables, nous avons pris les dispositions nécessaires afin de prévenir les éventuels abus auxquels pourraient se livrer des sites marchands tiers, notamment en instaurant des contraintes techniques relatives aux requêtes automatisées.

Nous vous demandons également de:

+ *Ne pas utiliser les fichiers à des fins commerciales* Nous avons conçu le programme Google Recherche de Livres à l'usage des particuliers. Nous vous demandons donc d'utiliser uniquement ces fichiers à des fins personnelles. Ils ne sauraient en effet être employés dans un quelconque but commercial.

+ *Ne pas procéder à des requêtes automatisées* N'envoyez aucune requête automatisée quelle qu'elle soit au système Google. Si vous effectuez des recherches concernant les logiciels de traduction, la reconnaissance optique de caractères ou tout autre domaine nécessitant de disposer d'importantes quantités de texte, n'hésitez pas à nous contacter. Nous encourageons pour la réalisation de ce type de travaux l'utilisation des ouvrages et documents appartenant au domaine public et serions heureux de vous être utile.

+ *Ne pas supprimer l'attribution* Le filigrane Google contenu dans chaque fichier est indispensable pour informer les internautes de notre projet et leur permettre d'accéder à davantage de documents par l'intermédiaire du Programme Google Recherche de Livres. Ne le supprimez en aucun cas.

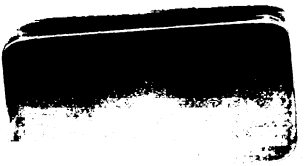
+ *Rester dans la légalité* Quelle que soit l'utilisation que vous comptez faire des fichiers, n'oubliez pas qu'il est de votre responsabilité de veiller à respecter la loi. Si un ouvrage appartient au domaine public américain, n'en déduisez pas pour autant qu'il en va de même dans les autres pays. La durée légale des droits d'auteur d'un livre varie d'un pays à l'autre. Nous ne sommes donc pas en mesure de répertorier les ouvrages dont l'utilisation est autorisée et ceux dont elle ne l'est pas. Ne croyez pas que le simple fait d'afficher un livre sur Google Recherche de Livres signifie que celui-ci peut être utilisé de quelque façon que ce soit dans le monde entier. La condamnation à laquelle vous vous exposeriez en cas de violation des droits d'auteur peut être sévère.

À propos du service Google Recherche de Livres

En favorisant la recherche et l'accès à un nombre croissant de livres disponibles dans de nombreuses langues, dont le français, Google souhaite contribuer à promouvoir la diversité culturelle grâce à Google Recherche de Livres. En effet, le Programme Google Recherche de Livres permet aux internautes de découvrir le patrimoine littéraire mondial, tout en aidant les auteurs et les éditeurs à élargir leur public. Vous pouvez effectuer des recherches en ligne dans le texte intégral de cet ouvrage à l'adresse `http://books.google.com`

Jur. is. 152 kc

Revue



Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

REVUE CRITIQUE

DE

LÉGISLATION

ET DE

JURISPRUDENCE

PAR MM.

L. WOLOWSKI
Membre de l'Institut.

PAUL PONT
Conseiller
à la Cour de cassation.

Anciens Directeurs de la Revue critique et de la Revue de législation ;

FAUSTIN HÉLIE
Conseiller à la Cour de cassation, Membre de l'Institut.

BONJEAN
Président à la Cour de cassation, Sénateur.

CH. GIRAUD
Inspecteur général des Facultés de droit, membre de l'Institut.

BERTAULD
Professeur à la Faculté de droit de Caen, Bâtonnier de l'Ordre des avocats.

BATBIE
Professeur d'économie politique à la Faculté de droit de Paris.

AVEC LE CONCOURS DE MM.

Bouland, gouverneur de la Banque de France ; **Delangle**, procureur général à la Cour de cassation ; **de Royer**, premier président de la Cour des comptes ; **Pellat**, membre de l'Institut, professeur à la Faculté de droit de Paris ; **Ortolan**, professeur à la Faculté de droit de Paris ; **Demolombe**, doyen de la Faculté de droit de Caen ; **Serrigny**, doyen de la Faculté de droit de Dijon ; **Vuatrin**, professeur à la Faculté de droit de Paris ; **Molinier**, professeur à la Faculté de droit de Toulouse ; **Ducrocq**, professeur à la Faculté de droit de Poitiers ; **de Saint-Malo**, **Mimerel**, **Mazeau**, **Christophle**, **Hérisson**, **Collet** et **E. Tambour**, avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation.

TOME XXXV. — 19me ANNÉE.

PARIS,

COTILLON, ÉDITEUR, LIBRAIRE DU CONSEIL D'ETAT,

24, rue Soufflot, 24.

1869

Digitized by Google

Digitized by Google

REVUE CRITIQUE

DE

LÉGISLATION

ET DE

JURISPRUDENCE.

Digitized by Google

PARIS. — IMPRIMERIE DE CUSSET ET C^e^, 26, RUE RACINE.

Digitized by Google

REVUE CRITIQUE

DE

LÉGISLATION

ET DE

JURISPRUDENCE

PAR MM.

L. WOLOWSKI
Membre de l'Institut.

PAUL PONT
Conseiller
à la Cour de cassation.

Anciens Directeurs de la Revue critique et de la Revue de législation;

FAUSTIN HÉLIE
Conseiller à la Cour de cassation, Membre de l'Institut.

BONJEAN
Président à la Cour de cassation, Sénateur.

CH. GIRAUD
Inspecteur général des Facultés de droit, membre de l'Institut.

BERTAULD
Professeur à la Faculté de droit de Caen, Bâtonnier de l'Ordre des avocats.

BATBIE
Professeur d'économie politique à la Faculté de droit de Paris.

AVEC LE CONCOURS DE MM.

Rouland, gouverneur de la Banque de France; **Delangle**, procureur général à la Cour de cassation; **de Royer**, premier président de la Cour des comptes; **Pellat**, membre de l'Institut, professeur à la Faculté de droit de Paris; **Ortolan**, professeur à la Faculté de droit de Paris; **Demolombe**, doyen de la Faculté de droit de Caen; **Serrigny**, doyen de la Faculté de droit de Dijon; **Vuatrin**, professeur à la Faculté de droit de Paris; **Molinier**, professeur à la Faculté de droit de Toulouse; **Ducrocq**, professeur à la Faculté de droit de Poitiers; **de Saint-Malo**, **Mimerel**, **Mazeau**, **Christophle**, **Hérisson**, **Collet** et **E. Tambour**, avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation.

TOME XXXV. — 19me ANNÉE.

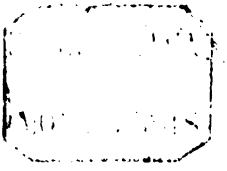
PARIS,

COTILLON; ÉDITEUR, LIBRAIRE DU CONSEIL D'ÉTAT

24, rue Soufflot, 24.

1869

Digitized by Google



Bayerische
Staatsbibliothek
München

Digitized by Google

REVUE CRITIQUE

DE LÉGISLATION

ET DE JURISPRUDENCE.

EXAMEN DOCTRINAL

DES LOIS ET DE LA JURISPRUDENCE EN MATIÈRE D'IRRIGATION,

Par M. DE SAINT-MALO,
avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation.

Le 19 avril 1848, le ministre de l'agriculture et du commerce du gouvernement provisoire nomma une commission de neuf membres, à l'effet d'étudier toutes les questions qui se rattachent à la propriété des eaux, à leur libre écoulement, à leur aménagement et aux travaux nécessaires pour les conduire à portée des terrains à arroser, à leur emploi agricole ou à leur application au sol et aux différentes cultures; enfin aux mesures à adopter pour amener l'association des intérêts et diminuer ainsi les dépenses en utilisant toutes les eaux le mieux possible.

On aurait pu sans inconvénient retrancher de ce programme la question de la propriété des eaux. Cette question, qui n'aurait pu s'élever qu'à propos des petites rivières, les eaux courantes dont parle l'article 644 du Code Napoléon, était résolue par la jurisprudence de nos deux grands corps judiciaires dans le sens le plus favorable au développement du système des irrigations. Déclarer l'eau *res nullius*, et par conséquent commune à tous, c'est la mettre à la disposition du public, sous la réserve des droits reconnus aux riverains. La déclarer propriété des riverains, c'eût été sacrifier en pure perte l'intérêt général à quelques propriétaires limitrophes, qui au bonheur d'arroser leurs terres ne doivent pas joindre celui d'être seuls à arroser. Quant aux questions de l'emploi des

Digitized by Google

eaux et de leur application aux différentes cultures, elles étaient de luxe, comme relevant beaucoup plus de la pratique que de l'examen de quelques savants réunis autour d'un tapis vert. A cela près, le programme était bien dressé.

L'aménagement et la conduite des eaux, leur libre écoulement, la constitution de la communauté irrigative, tels sont, en effet, les vrais éléments du problème à résoudre.

Lorsqu'en 1845 on introduisit le principe de la servitude d'aqueduc, la situation du sol français n'était pas brillante. Sur 25 millions d'hectares arables, suivant la statistique de Moreau de Jonnès, la France comptait 5 millions d'hectares en prairie. Les quatre principaux groupes de l'Europe offraient les résultats suivants : l'Angleterre, la Hollande, la Suisse, le nord de l'Allemagne, un pour un; le Piémont et la Lombardie, un pour deux; la Bavière et le Wurtemberg, un pour deux et demi; la Prusse, l'Autriche et d'autres États allemands, un pour trois. La France n'ayant qu'un pour cinq, devait donc, pour rivaliser avec le dernier groupe, c'est-à-dire atteindre la proportion d'un pour trois, créer 2 millions d'hectares de prairies en addition aux cinq qu'elle possédait. Depuis 1845, la situation n'a pas sensiblement changé.

Pour créer 2 millions de prairies nouvelles, il suffirait cependant, même en doublant le volume d'eau réputé nécessaire à l'irrigation de l'hectare[1], d'une dérivation de 2,000 mètres cubes par seconde : quantité insignifiante en présence des ressources offertes par nos grands cours d'eau sans nuire à la navigation, par les eaux courantes et par les eaux privées. Ce n'est donc point l'eau qui a manqué. La faute ne saurait non plus être imputée à l'administration, qui précisément dans ces trente dernières années a fait de louables efforts, et ne désire rien tant que de voir prospérer une branche importante de la richesse publique. Les causes du mal sont multiples et diverses : tâchons de nous en rendre compte.

La France, dont l'arsenal législatif est le plus riche du monde, du moins par le nombre et la variété des armes, n'a que très-peu de textes sur l'important sujet qui nous occupe.

[1] Sur cette question du volume, voy. de Passy, *Étude sur le service hydraulique*, p. 52, et une remarquable dissertation de M. Pagès, conseiller d'État, insérée au *Journal des communes*, t. XVI, p. 34.

Digitized by Google

Le meilleur est dans le chapitre 6 de la loi des 12-20 août 1790, *qui charge les administrations de département de diriger, autant qu'il sera possible, toutes les eaux de leur territoire vers un but d'utilité générale, d'après les principes de l'irrigation.* Si l'on ajoute à ce texte, l'arrêté du 19 ventôse an VI sur les prises d'eau, les articles 644 et 645 du Code Napoléon sur le droit d'usage des riverains, la loi du 29 avril 1845 sur la *servitude* d'aqueduc, complétée en 1847 par le droit d'appui du barrage, les décrets dits de décentralisation sur le pouvoir des préfets à l'effet d'autoriser certaines prises, et enfin la loi de 1865 qui comprend l'irrigation parmi les objets des associations syndicales, on a compté tout ce qu'on possède, et en vérité, c'est peu.

La loi du 21 juin 1865 est trop récente pour en pouvoir mesurer la portée pratique. Elle produira de bons résultats; nous indiquerons comment elle en pourrait produire de meilleurs encore. La loi de 1845 n'a pas donné tout ce qu'elle permettait d'espérer. Nous examinerons pourquoi. Dans la réalité, l'administration n'a pu marcher jusqu'à ce jour, qu'avec le principe-loi du 12-20 août 1790, et il faut lui rendre cette justice, qu'elle en a tiré tout le parti possible malgré les réclamations des usagers, réclamations trop souvent et trop favorablement accueillies par les tribunaux judiciaires. Le jurisconsulte qui a suivi avec attention la jurisprudence de nos soixante dernières années, demeure convaincu, que si l'administration n'avait pas eu à sa disposition l'arme du conflit, elle n'aurait pu autoriser aucune dérivation sur les eaux courantes, au grand préjudice de la propriété dont les tribunaux, comme on le sait, sont cependant les défenseurs.

Nous venons de relever en passant les deux causes principales du mal; elles sont dans l'insuffisance des lois et dans l'interprétation étroite qu'en ont faite les tribunaux. Avant de conclure et pour bien conclure, il importe de préciser.

I.

Les eaux qu'on peut affecter à l'irrigation sont empruntées aux fleuves, aux eaux courantes et aux cours d'eau privés. La Durance fournit à l'agriculture un aliment notable. Le Rhône, suivant la juste expression de M. l'ingénieur Hervé-

Digitized by Google

Mangon, coule inutile au milieu des plaines desséchées du midi[1]. La Loire, la Seine, le Rhin, la Garonne même n'alimentent aucune irrigation vraiment importante, entraînant ainsi vers la mer, et sans profit pour l'agriculture, des centaines de mille mètres cubes d'eau, qui pourraient être si utilement employés.

Sans dédaigner les eaux privées, il ne faut que peu compter sur elles, à raison de la faiblesse relative de leur volume, pour les grandes entreprises d'irrigation. La vraie ressource est dans nos grands cours d'eau, et surtout dans les eaux courantes. D'après M. Nadault de Buffon (t. III, p. 233), le nombre des cours d'eau naturels susceptibles de dérivation, dépasse trois cents en moyenne par département. Ces cours d'eau, qui sillonnent toutes les parties du territoire comme un vaste réseau de veines alimentaires, ont sur les fleuves l'avantage de tenir plus près, et comme à la portée de chaque terre, son élément de fécondation. Ils constituent, sous ce rapport, la source principale de l'irrigation. Certains départements, tels que l'Ariége, les Hautes-Alpes, le Tarn, la Drôme, Vaucluse et le Var, en ont heureusement profité. On peut aussi donner comme exemple le département des Pyrénées-Orientales, ancien comté de Roussillon, qui n'étant traversé par aucun cours d'eau navigable, possède en ce moment 30,000 hectares de terres régulièrement arrosées à l'aide de travaux d'art, et travaille constamment à étendre sa surface arrosable.

Qu'il s'agît d'eaux publiques ou privées, il est facile de voir que l'irrigation trouvait un premier obstacle dans le *veto* absolu des fonds à traverser. Quand l'administration instituait une concession d'eaux publiques, elle dotait sans doute l'entreprise du droit d'expropriation, mais seulement pour le canal principal et les branches secondaires; de telle sorte que toutes les parcelles du périmètre n'étaient pas également assurées du bénéfice de l'irrigation. La loi de 1845 a levé l'obstacle. C'est un progrès.

On ne s'explique pas, du reste, comment les rédacteurs du Code civil, qui connaissaient la loi du 12-20 août 1790, et qui étaient si profondément versés dans l'étude de l'an-

[1] *Expériences sur l'emploi des eaux*, 1863, Dunod, éditeur.

Digitized by Google

cienne législation, n'introduisirent pas dans la loi la servitude d'aqueduc, réclamée par les cours d'Aix et de Montpellier comme une addition naturelle à l'article 682. Sans parler des vieilles lois qui, en Espagne et dans l'Italie supérieure, avaient consacré cette servitude, la règle était autrefois si constamment admise en France, que Bretonnier l'appelle une servitude naturelle [1]. Les recueils de Roussaud de Lacombe et de Brillon, v° *Eaux*, les arrêts cités par Papon [2] et par Julien [3], ne permettaient pas le doute à ce sujet.

Le silence de la loi sur la servitude d'aqueduc amena un autre inconvénient qui assurément n'était pas dans les prévisions des rédacteurs du Code. L'article 644 reconnaît aux riverains un droit d'usage pour l'irrigation. Ce droit devient utile si, à l'aide d'une saignée ou d'un barrage, l'eau peut être dérivée sur la propriété. Mais *quid* si, à raison de l'élévation du terrain relativement au fil de l'eau, le riverain ne pouvait arroser qu'à l'aide d'une prise pratiquée en amont et d'un canal traversant les fonds intermédiaires ?

La jurisprudence crut devoir poser le principe exclusif de la dérivation en droit soi, c'est-à-dire sur le fonds même contigu au cours d'eau. Avec quelque largeur de vue et les souvenirs de la législation ancienne, la jurisprudence aurait pu suivre une meilleure voie. Elle aurait dû voir que l'article 644 accorde au riverain un droit absolu et sans condition ; que ce droit existant, le devoir du juge était d'en procurer l'exercice, sous la seule charge d'une juste indemnité à qui de droit. On aima mieux répondre : « *Qui de uno dicit de altero negat, odia restringenda.....* » Tels sont les motifs sous lesquels on fit succomber un intérêt éminemment favorable et aussi fondé en droit qu'en équité, au mépris de cet autre adage de bon sens : Qui veut la fin veut les moyens. Toujours est-il que la loi ainsi interprétée se trouva avoir créé, sans le vouloir, un autre obstacle aux irrigations, obstacle sérieux, car rien de plus fréquent que la surélévation des fonds riverains par rapport aux cours d'eau. La loi de 1845 l'a-t-elle levé?

[1] Bretonnier sur Henrys, liv. 4, 9, 149.
[2] Liv. 13.
[3] *Statuts de Provence*, t. I, p. 479.

Digitized by Google

L'affirmative est à nos yeux certaine. A quoi donc servirait cette loi si elle n'impliquait pas le passage pour les eaux dont on peut user? Le riverain a-t-il droit à l'eau pour l'irrigation? Oui, suivant le vœu exprès de l'article 644. Cela étant, ce riverain trouve dans la nouvelle loi le moyen d'utiliser un droit incontestable. « Nier cela, disait devant la Cham-« bre des pairs le ministre de l'agriculture et du commerce, « serait se refuser à l'évidence des faits. Le riverain a un droit « d'usage, et ce droit serait pour lui sans utilité, car son voi-« sin en empêcherait l'exercice !..... Le législateur n'a pu « vouloir un non-sens et créer des propriétés et des droits « impossibles. » (*Moniteur* de 1845, n° 110, p. 1045.)

La jurisprudence ne s'est pas encore trouvée en face de cette question. Dans une affaire Giraud-Agnel, le riverain avait opéré la dérivation sur une parcelle par lui acquise et située en amont, pour arroser, en traversant des fonds intermédiaires, une propriété inférieure. La Cour de cassation, par arrêt du 14 mars 1849 [1], a reconnu le droit au passage. Elle l'a reconnu aussi par arrêt du 21 novembre 1864, dans un cas où la dérivation en amont était pratiquée avec le consentement du fonds supérieur [2]. Un autre arrêt de la même Cour, du 13 novembre 1854 [3], se borne à juger que le riverain inférieur n'a pas le droit d'opérer sa prise sur la dérivation même opérée par un fonds supérieur. La question n'est donc pas encore résolue; elle doit l'être dans l'intérêt du riverain. L'arrêt fort remarquable de la chambre civile, du 14 mars 1849, y conduit dans ses motifs.

Rien de plus fâcheux et de plus vrai que la tendance de certains tribunaux à restreindre autant que possible dans ses applications, une loi cependant aussi favorable que celle de 1845, sous le vain prétexte qu'elle introduit une servitude. Nous avons vu une Cour souveraine refuser la servitude d'écoulement, sur le singulier motif que cette servitude n'obvenait qu'à celui qui avait amené les eaux sur son terrain en traversant les fonds supérieurs, condamnant ainsi le propriétaire qui a fait la dérivation en droit soi, à absorber toutes les

[1] S., 49, 1, 323.
[2] S., 65, 1, 21.
[3] S., 55, 1, 446.

Digitized by Google

eaux ou à ne pas arroser. Une autre Cour a jugé qu'on ne pouvait dériver vers la parcelle inférieure que l'eau afférente à la parcelle supérieure. Un tribunal a refusé la servitude d'aqueduc par la raison que le réclamant trouvait dans un réservoir situé dans son fonds un volume suffisant à ses besoins; comme si ce n'était pas un immense avantage que d'amener sans moteur une eau courante à la surface du sol. Dans la discussion de la loi du drainage (10 juin 1854), de justes plaintes retentirent à la Chambre sur la manière rigoureuse et restreinte dont les tribunaux avaient entendu l'article 3 de la loi de 1845, à tel point qu'on fut obligé dans la loi nouvelle de reprendre, en la rendant plus claire encore, la disposition portée dans la loi précédente.

Il faut ajouter, au surplus, que la tendance reprochée aux tribunaux dans l'application de la servitude d'aqueduc, n'est pas celle de la Cour régulatrice. Malheureusement toutes les mauvaises décisions ne sont pas déférées à cette Cour, et la loi de 1845 accorde au juge du fait un pouvoir discrétionnaire qui est nécessairement souverain dans son exercice. Mais la jurisprudence des tribunaux est variable; elle peut et doit s'améliorer, de telle sorte que le mal que nous signalons pourra bien n'avoir été que temporaire. C'est sur d'autres causes que nous devons porter notre attention.

II.

Voici un cours d'eau roulant à l'étiage un volume moyen. Sur ses bords sont situées des parcelles de prairies nombreuses, mais chacune de peu d'étendue sur la rive et d'une faible profondeur. M. Nadault de Buffon estime ces parcelles à 20 ou 25 ares en moyenne. Ces parcelles prennent l'eau en droit soi à l'aide d'une multitude de petits barrages; si la pente le permet, elles restituent au cours d'eau le superflu de l'irrigation; si la pente s'y oppose, le premier alinéa de l'article 644 n'exigeant aucune restitution, le cours d'eau se trouve singulièrement appauvri. Une irrigation ainsi pratiquée, c'est-à-dire une irrigation individuelle conforme aux prévisions de l'article 644, est une mauvaise opération. Chacun comprend, en effet, que si en tête de la série des parcelles, une dérivation était pratiquée avec un canal traver-

Digitized by Google

sant la série, et un règlement sur les jours et heures d'arrosage de chaque parcelle, une notable économie serait réalisée au profit du cours d'eau ; l'agriculture trouverait un volume disponible et un seul barrage suffirait à tous les besoins.

En fait d'irrigation, il importe, en respectant les droits acquis et les droits légaux, de ménager le cours d'eau de manière à pouvoir étendre le plus possible le domaine irrigable. Tout système qui avec beaucoup d'eau arrose peu, est un système vicieux, préjudiciable à l'agriculture. Les riverains, dans l'hypothèse rappelée ci-dessus, consacreront 1 ou 2 mètres cubes par seconde à l'irrigation de 100 hectares peut-être. Avec le même volume d'eau bien aménagé, on pourrait arroser 2 et 4,000 hectares. Or, dans l'état actuel de notre législation, nul ne peut imposer aux riverains l'établissement d'un canal : chacun a le droit de prendre l'eau par une tranchée opérée sur la rive. Aucune autorité, si ce n'est le tribunal, en cas de plainte des riverains ou des usiniers inférieurs, n'est chargée de mesurer le volume d'eau nécessaire à chaque parcelle [1]. Et si le gouvernement intervient un jour, par voie de règlement général, pour réformer quelques abus, régler quelques prises, il est obligé, à défaut de pouvoirs suffisants, de respecter le système de l'article 644, et par conséquent d'être l'impuissant témoin de la déperdition des eaux publiques. C'est ainsi que la législation, dans le but de protéger les terrains contigus aux cours d'eau, a disposé dans un sens contraire aux intérêts de l'agriculture et de la propriété.

Est-ce à dire qu'il faut supprimer l'article 644? Pas le moins du monde ; mais il faut concilier le droit qu'il consacre avec l'intérêt général et la nécessité d'étendre les irrigations. Supprimer les abus, les inconvénients et les exagérations d'un droit, ce n'est pas supprimer le droit lui-même. L'usage reconnu aux terres riveraines par l'article 644, est fondé sur un grand principe d'équité. Il est donc respectable de tous points, sauf à le purger de ce qu'il a d'exclusif du droit d'autrui et d'inutile pour lui-même.

On peut comparer les divers tenanciers d'une contrée arro-

[1] Conseil d'État, 10 mai 1864 (*Vidal*) ; 1er février 1866 (*Couillaud*) ; 10 avril 1867 (*Dabiche*). *Recueil de Lebon.*

Digitized by Google

sable aux créanciers qui figurent dans un ordre et qu'il s'agit de payer. Le prix à distribuer est le volume d'eau roulé par la rivière. Dans cet ordre, les terrains contigus au cours d'eau sont des créanciers privilégiés ; tous les autres sont des créanciers hypothécaires ayant la même date et le même titre, ou si l'on veut de simples chirographaires. Complétement satisfaits de leurs créances, les privilégiés n'ont aucun intérêt à ce qu'on ne paye pas les autres créanciers. Comment arriver à la satisfaction de tous ces droits? Il n'y a pas d'autre moyen, à notre avis, que l'association et le syndicat volontaires ou forcés.

Mais on ne manquera pas de se récrier et de protester contre la légitimité du syndicat forcé. Le droit de propriété est chose si sacrée à nos yeux qu'on doit écouter avec bienveillance toutes ses plaintes, fausses ou exagérées.

Pour établir la légitimité du moyen, il n'est pas nécessaire d'invoquer la raison trop souvent risquée de la légitimité du but. Nous disons tout simplement aux riverains : Une eau courante n'est pas, ne peut pas être votre propriété exclusive. Le droit d'usage déterminé, que vous invoquez à si juste titre et auquel on ne veut pas porter atteinte, vous a été accordé ou reconnu sous l'empire de cette règle de droit public et positif, écrite dans la loi du 12-20 août 1790, que toutes les eaux du territoire doivent être dirigées dans l'intérêt de l'agriculture et d'après les principes de l'irrigation. Il y aurait double injustice à vous sacrifier à l'intérêt général de la propriété, car vous êtes vous-mêmes une portion de la propriété et en outre la loi vous assure un privilége. Votre droit satisfait, il serait non moins injuste de vous sacrifier l'intérêt général en pure perte et sans utilité pour vous. Tel est le langage du droit, de l'équité et du bon sens.

De là naît une première conséquence, c'est que chaque parcelle doit être réduite au juste volume qui lui convient, et cette autre encore, c'est que la multiplicité des prises étant une cause de déperdition et constituant un mauvais aménagement, il faut arriver à l'unité de prise, c'est-à-dire à l'établissement d'un seul canal avec un système de réglementation. Ce sont des frais, dira-t-on. Mais sans les exagérer ni les amoindrir, nous répondons qu'il n'est pas de propriété dont la seule conservation n'exige des soins et des dépenses.

On n'a pas hésité à imposer le syndicat forcé pour se dé-

Digitized by Google

fendre contre les eaux nuisibles[1]. L'intérêt public légitimait la mesure. Le même motif existe à l'effet de syndiquer les usagers d'une eau courante, puisque le résultat de cette mesure sera d'augmenter le disponible du cours d'eau à l'aide d'un sage aménagement. La distinction entre les eaux utiles et les eaux nuisibles au point de vue du syndicat volontaire ou forcé, doit être prise en considération quand il s'agit de comprendre un tenancier dans une communauté d'arrosage; nous en examinerons bientôt la valeur. Mais ici, et le débat se trouvant concentré entre des riverains qui arrosent et une collectivité de tenanciers qui sollicitent l'arrosage en respectant des droits légaux, l'objection disparaît. Nous concluons donc au nom de la loi de 1790, au nom de l'intérêt général et sans atteindre le droit de l'article 644, à la réunion des riverains en syndicat forcé, toutes les fois qu'à défaut d'association volontaire, le besoin s'en ferait sentir. Pour cela, une disposition législative serait évidemment nécessaire à l'effet de substituer au système de l'irrigation individuelle, le système de l'irrigation en commun.

Notre principe une fois admis, rien ne serait plus facile que de rattacher les parcelles riveraines à l'association qui va se former entre les autres tenanciers non riverains et qui sollicitent la dérivation. Il y aurait seulement à régler les conditions de l'accord, en n'oubliant pas que des terres riveraines, ayant l'eau à leur disposition, à leur portée et pour ainsi dire sans frais, ne sauraient être taxées comme les autres terres qui reçoivent à nouveau les bienfaits de l'arrosage et qui naturellement doivent supporter dans la plus large proportion le coût des travaux de dérivation et de répartition des eaux.

III.

Le système du syndicat forcé des riverains ayant pour but et pour effet de réaliser un disponible dans le cours d'eau ou d'augmenter ce disponible, il faut nous demander si la législation actuelle, et notamment la loi du 21 juin 1865, suffisent aux besoins d'un bon système d'irrigation. Ici la question se généralise et intéresse toute concession d'eau faite par l'administration sur les cours d'eau navigables ou non navigables.

[1] Lois des 16 septembre 1807, 14 floréal an XI, 21 juin 1865.

Digitized by Google

La loi de 1865, sur les associations syndicales, a consacré précisément la distinction dont nous parlions tout à l'heure entre les eaux utiles et les eaux nuisibles, admettant le syndicat forcé pour se défendre contre celles-ci, n'admettant que le syndicat volontaire pour profiter des autres : d'où naît une vraie difficulté qui appelle toute l'attention du jurisconsulte et du législateur.

L'intérêt public étant d'étendre la surface arrosable en ménageant toujours le volume d'eau, on comprend de suite combien il importe que toutes les terres qui composent le périmètre participent aux avantages de l'irrigation. Or si un tiers, un quart ou un cinquième des terres invoque son droit absolu de rester en dehors de l'œuvre, les conditions financières de l'entreprise n'en seront que plus lourdes pour les associés. Quant au droit du propriétaire de ne point améliorer son fonds par l'arrosage, il est indéniable. Ce qui ne l'est pas moins, c'est que ce même propriétaire, grâce à une œuvre à laquelle il demeure étranger, voit sa propriété augmenter de valeur vénale par cette seule raison qu'elle est devenue irrigable et qu'il lui suffit d'adhérer à l'association pour arroser aussitôt. S'il vend, il réalise un bénéfice sans avoir rien déboursé ; après sa mort, ses héritiers reçoivent une valeur plus grande. N'y aurait-il rien à faire dans cette situation? Assurément on ne devrait pas s'en préoccuper si les résistances plus ou moins fondées d'un certain nombre à l'irrigation, n'étaient, ainsi que l'expérience le démontre, un des plus grands obstacles aux entreprises de ce genre.

Le gouvernement, quand il fait une concession d'eau, la fait et doit la faire en contemplation de tout le périmètre arrosable et non pas seulement en n'ayant égard qu'aux propriétés syndiquées. Le bienfait est accordé au territoire ; on doit espérer que tôt ou tard chacun adhérera à l'association. Prenons pour exemple une œuvre d'irrigation s'appliquant ou pouvant s'appliquer à une étendue de 1,200 hectares. D'après la base du demi-litre par seconde et par hectare, une concession de 600 litres sera suffisante. Supposons maintenant que le canal d'amener, les branches secondaires avec leurs accessoires, entraînent une dépense de 120,000 fr. S'il n'y a que 600 hectares de syndiqués, la répartition donne 200 francs par chaque hectare, 150 francs s'il y a 800 hec-

Digitized by Google

tares, 120 francs s'il y a 1,000 hectares, et 100 francs s'il y a 1,200 hectares. Voilà donc 600 hectares dans le premier cas, 400 dans le second et 200 dans le troisième, ayant droit à l'arrosage, n'ayant qu'un mot à dire pour en user et notablement accrus de valeur en leur seule qualité de terrains irrigables. Ne seraient-ils donc soumis à aucune charge? Ni la raison ni l'équité n'admettent un affranchissement absolu. Ils doivent contribuer; mais la difficulté s'élève quant à la fixation et au mode de la mesure contributive.

Une première objection se présente. Il faut se garder, dira-t-on, de sacrifier les minorités à la loi et aux intérêts des majorités. Nous écartons cette objection qui, dans la réalité, est bien plutôt dirigée contre la concession elle-même que contre la légitimité d'une contribution aux travaux. L'enquête, l'étude des autorités, au besoin l'avis du conseil général, indiqueront si le projet est utile, conforme à la nature du sol, à l'état des cultures de la contrée. Le projet devrait être repoussé, par exemple, si l'on voulait l'appliquer sur un terrain favorable à la culture de la vigne, et généralement ou notablement occupé par cette culture. Il faut donc supposer la concession instituée à bon droit parce qu'elle est utile et déclarée telle après l'examen le plus approfondi. Quelle sera, dans cette hypothèse, la situation des minorités, c'est-à-dire des tenanciers réfractaires à l'association? Que leur résistance provienne de la mauvaise volonté, de l'incurie, de l'aveuglement ou d'un motif avouable et sérieux, on doit franchement reconnaître qu'elle repose sur un droit absolu. Une violence est donc faite aux opposants, violence justifiée par le besoin de faciliter les œuvres d'irrigation et l'évident accroissement de valeur imprimé par l'œuvre à leurs propriétés.

Ce droit est même si respectable dans son principe, que la mesure de violence, toute justifiée qu'elle soit à nos yeux, doit être dans son exécution, accompagnée des plus grands ménagements. Expliquons-nous sur ce point. Dans les travaux de défense contre les eaux nuisibles, on donne à l'opposant la faculté de délaisser, c'est-à-dire de vendre à l'entreprise. Nous donnerions sans difficulté le même droit dans l'œuvre d'irrigation, mais avec une faculté de plus que celle d'adhérer ou de délaisser. Cette faculté consisterait dans le

Digitized by Google

payement d'une indemnité motivé sur la plus-value. L'indemnité devrait-elle être, comme au cas de desséchement, dans les termes de la loi de 1807, de cette entière plus-value? Évidemment non. Le propriétaire desséché avait le devoir de concourir à l'œuvre d'assainissement. C'est le traiter avec justice et sans rigueur que de lui imposer le délaissement ou toute la plus-value.

La même règle ne saurait être appliquée au propriétaire sur lequel ne pèse aucun devoir et qui use de son droit en résistant à toute amélioration dans la culture de son fonds. La plus-value lui est acquise. Tant mieux pour lui si le fonds a doublé de valeur vénale. Mais précisément à cause de cette augmentation, il n'est que juste de le faire contribuer dans une équitable proportion aux frais de l'entreprise. Quelle sera cette proportion? Celle commune à tous les autres intéressés; mais bien entendu que ce payement lui ouvrira l'accès de l'association avec tous les avantages qui en résultent, du jour où il voudra arroser. On pourrait même ne lui imposer que l'intérêt annuel du capital à payer, sauf à ne fournir ce capital que lorsqu'il userait des eaux. Cet allégement à une situation favorable en droit, serait sans inconvénient grave pour le syndicat. Créancier d'un capital dont il percevrait les intérêts, il n'en serait que mieux placé pour recourir aux sociétés de crédit, s'il était obligé de le faire, pour subvenir au payement des travaux.

La base contributive changerait dans le cas où les travaux seraient effectués par un concessionnaire. On sait qu'en pareil cas celui-ci est indemnisé par une taxe annuelle sur chaque hectare, dont le chiffre est débattu entre lui et l'association avant les travaux et arrêté par le décret de concession. Que la concession soit à perpétuité, ou à temps (ce qui serait préférable), la contribution imposée aux tenanciers opposants ne peut consister que dans le payement de la taxe totale ou partielle. Le payement de la taxe entière serait une trop lourde charge. Il faut remarquer que les éléments constitutifs de la taxe sont d'abord l'intérêt du coût des travaux et en outre une somme représentative du bénéfice, étant évident que le prix doit être rémunérateur pour l'entreprise. Dans la pratique, les taxes varient entre 10 et 35 francs l'hectare. Tant qu'elles ne dépasseraient pas le premier de ces chiffres, l'op-

Digitized by Google

posant devrait les subir par la raison qu'elles ne représenteraient qu'une faible partie de l'accroissement de valeur apporté à la propriété. Mais au-dessus de ce chiffre elles affecteraient trop sensiblement le produit, pour qu'on ne dût pas prendre en considération la situation d'un propriétaire placé malgré lui dans l'association. L'équité conseillerait alors de ne lui imposer que la partie de la taxe correspondante à l'intérêt présumé du coût des travaux, sauf à le soumettre à la taxe entière le jour où il participerait à l'œuvre.

Sans doute, et nous le reconnaissons encore, le propriétaire subit une violence; mais il aurait tort de se poser en victime, lui qui, sans bourse délier, a vu doubler la valeur vénale de sa terre et qui en doublera à volonté la valeur productive. L'entreprise a porté la valeur de l'hectare de 2,000 à 4,000 francs. On ne lui demande, comme aux autres, que sa cotisation, qui variera entre 200 et 100 francs, ou bien l'intérêt annuel de cette somme, ou bien encore une taxe modérée en cas de concession, jusqu'au jour où il usera des eaux. En vérité, le législateur qui traiterait ainsi la propriété serait irréprochable. Il rendrait par là même le plus grand service aux intérêts agricoles en imprimant une impulsion efficace au principe de l'association.

La critique à laquelle nous venons de nous livrer n'a porté que sur la jurisprudence et sur la loi. Elle aurait pu porter aussi sur les intéressés eux-mêmes. Les populations qui, en général, ont le plus besoin de l'irrigation, les populations méridionales, n'ont pas, au même degré que d'autres, l'esprit d'initiative et de résolution propre aux grandes entreprises. Il faut qu'elles soient poussées. Les trois années de sécheresse consécutives qui ont désolé le midi de la France, ont plus fait pour la recherche et l'utilisation des eaux que tous les raisonnements du monde. Il serait cruel et peu désirable de n'avoir à son service qu'une impulsion de ce genre. Mieux vaut une loi appliquant l'association forcée aux œuvres d'irrigation.

IV.

Nous avons appelé la consécration législative de deux principes dont l'un, l'union des riverains, est, sinon dans le texte, tout au moins dans l'esprit de la loi, et dont l'autre, le syn-

Digitized by Google

dicat forcé, imposé à une minorité de tenanciers, se justifie par des considérations d'équité et d'intérêt général.

Les conséquences de leur adoption seraient considérables.

Les périmètres d'irrigation sont fixés par des circonstances topographiques et par la possibilité du cours d'eau. Le volume emprunté au cours d'eau est sans doute perdu pour lui; mais ce qui reste, augmenté d'ailleurs par les affluents et les eaux de toute nature qui convergent toujours au thalweg d'une vallée, rendra possible la formation d'autres périmètres situés en aval.

On se trouvera donc dans chaque périmètre avec une liberté d'action de nature à produire les plus heureux résultats. Les riverains et les autres tenanciers sont soumis à l'association; tous doivent être satisfaits, sauf un droit de préférence pour les premiers, fondé sur leur situation et sur la loi. L'unité de prise et de barrage, de canalisation, de gestion et de surveillance, constituent dans ce système tout autant d'avantages; mais ce qui est surtout appréciable, c'est la faculté, conférée à l'administration, de mesurer avec précision le volume nécessaire à l'œuvre et de ménager ainsi les ressources du cours d'eau pour subvenir à d'autres besoins.

Comment constituer l'association? La loi du 21 juin 1865 nous donne le moyen d'y parvenir. Pour constituer l'association syndicale dans les travaux de défense contre les eaux nuisibles, il faut, d'après l'article 12, la majorité des intéressés représentant au moins les deux tiers de la superficie des terrains ou bien les deux tiers des intéressés représentant plus de la moitié de la superficie. Cette conciliation du nombre des intéressés et de la superficie est très-acceptable. Elle garantit l'utilité, le besoin et l'importance de l'œuvre nouvelle. Il y aurait même danger à en forcer les éléments, car s'il faut veiller à l'intérêt des minorités, on ne saurait non plus leur sacrifier l'intérêt des majorités, alors surtout que ces intérêts se confondent et sont les mêmes sur un point, l'amélioration de la propriété.

Quand l'eau abonde, rien de plus simple que la pratique de l'arrosage. Mais il faut prévoir la pénurie et même la considérer comme un de ces accidents inévitables devant lesquels il y a lieu de prendre des mesures pour la conjurer si

Digitized by Google

cela est possible, ou tout au moins en atténuer les effets. La crainte de la pénurie est encore une objection grave contre les entreprises d'irrigation en ce qu'elle en détourne tous ceux qui ne voudraient opérer qu'à coup sûr et sans courir aucun risque. La réponse doit se trouver dans un bon système de réglementation. Où en sommes-nous sur ce point? Que faudrait-il faire? Ce sera le sujet d'une deuxième étude.

R. DE SAINT-MALO.

ÉTUDE SUR LA VENTE DE LA CHOSE D'AUTRUI,

Par M. A. LELIGOIS, avocat, docteur en droit.

1. L'article 1599 a donné lieu à de nombreux systèmes. D'après M. Troplong (n° 238), la vente de la chose d'autrui n'est nulle que dans l'intérêt de l'acheteur qui peut seul demander la nullité. M. Duvergier (I, n° 220) se sépare de M. Troplong en ce qu'il accorde l'action non-seulement à l'acheteur, mais encore au vendeur, pourvu que ce dernier ait été de bonne foi au moment du contrat. MM. Aubry et Rau (III, § 351, p. 245 s.), Marcadé (art. 1599) et Mourlon (*Répétitions écrites*, 3e examen, 7e édit., p. 215, note), enseignent que la nullité est absolue et peut être invoquée même par le vendeur de mauvaise foi avant la délivrance, mais qu'elle ne le peut plus, une fois la délivrance effectuée. — La durée de l'action est de dix ans, conformément à l'article 1304, d'après MM. Troplong (n° 239) et Duvergier (I, n° 221)[1]. Elle est de trente ans, conformément au droit commun, d'après MM. Aubry et Rau, Mourlon et Marcadé. — M. Troplong (n° 236) enseigne que la vente de la chose d'autrui peut être ratifiée. M. Duvergier est du même avis (I, n° 219) et va même jusqu'à soutenir que la ratification peut être valablement donnée après comme avant la demande en nullité. Il est combattu par Marcadé qui ne considère la ratification comme valable qu'autant qu'elle intervient avant que le vendeur ou

[1] En ce sens Civ. cass., 28 janvier 1832, S. V., 32, 1, 666.

Digitized by Google

l'acheteur ait introduit sa demande[1]. D'un autre côté, MM. Aubry et Rau (§ 351, p. 247) et Devilleneuve (Observ. S. V., 52, 2, 391) repoussent toute idée de ratification.—La même controverse existe pour le cas où le vendeur est devenu ultérieurement propriétaire de la chose vendue.

Les auteurs ne s'accordent pas non plus sur les caractères constitutifs de la vente de la chose d'autrui, en sorte, qu'à vrai dire, on ne sait ni quel est l'objet ni quels sont les effets de la nullité dont il s'agit.

La pensée des rédacteurs du Code est-elle donc obscure au point de défier toute recherche[2]? Je ne le crois pas. Je suis au contraire fermement convaincu que cette pensée se dégage nettement des élaborations successives qu'a subies le texte de notre article, de sa discussion, des discours au Corps législatif et au Tribunat, et enfin des principes généraux qu'on doit toujours appliquer, à moins que le législateur ne les écarte par une disposition expresse.

2. Dans le premier projet, l'article qui correspond à notre article 1599 était ainsi conçu :

« La vente de la chose d'autrui et qualifiée telle dans le « contrat est nulle et n'est point obligatoire[3]. »

Il était impossible d'exprimer en termes plus clairs et plus énergiques que la vente de la chose d'autrui ne peut produire aucun effet.

Le tribunal de Limoges demanda « si la vente de la chose « d'autrui et qualifiée telle dans le contrat n'oblige pas au « moins le vendeur à la restitution du prix[4]. »

Sur cette observation, l'article fut ainsi modifié :

« La vente de la chose d'autrui, encore qu'elle soit qua- « lifiée telle dans le contrat, est nulle et n'est point obliga- « toire. Cependant le vendeur sera toujours obligé à la res- « titution du prix avec les intérêts[5]. »

[1] On peut, à l'appui de l'opinion de Marcadé, citer un assez grand nombre d'arrêts (v. S. V., 66, 2, 339, note). Mais c'est à faux que l'annotateur de Sirey cite un arrêt de la chambre des requêtes du 20 février 1855 (S. V., 55, 1, 590). Cet arrêt a jugé que le vendeur avait agi *du plein gré* du propriétaire et qu'ainsi il n'y avait pas vente de la chose d'autrui; il est donc étranger à la matière de la ratification.

[2] « L'article 1599 constitue, dit M. Demangeat, une erreur indigne du législateur. » (*Traité du droit commercial*, II, 416.)

[3], [4], [5] Fenet, II, 337; IV, 21; XIV, 6.

Digitized by Google

Au fond, l'idée était toujours la même : la vente de la **chose d'autrui est** radicalement nulle et n'opère ni aliénation ni obligation.

Or il résulte de la discussion au Conseil d'État que si la rédaction du texte a subi une troisième et dernière modification, ç'a été seulement pour retrancher des mots qui paraissaient inutiles et permettre à l'acheteur de bonne foi de demander des dommages-intérêts[1].

3. Dans son exposé de motifs, Portalis s'exprime ainsi :

« On ne peut sciemment acheter ni vendre la chose d'au-
« trui : nous avons écarté à cet égard *toutes les subtilités du*
« *droit romain.* L'acte par lequel nous disposons de ce qui
« ne nous appartient pas ne saurait être obligatoire si l'ac-
« quéreur n'ignore pas le vice de la chose vendue[2], car dès
« lors cet acquéreur n'ignore pas qu'on ne peut céder ni
« transporter à autrui un droit qu'on n'a pas soi-même, et
« il est *contre toute raison et contre tous principes* que deux
« parties puissent avec connaissance de cause disposer d'une
« propriété qui appartient à un tiers, *à l'insu duquel elles*
« *traitent*[3]. »

Le tribun Faure n'est pas moins catégorique : « La vente
« d'un objet quelconque est, dit-il, déclarée nulle par la nou-
« velle loi, dans le cas où il appartiendrait à tout autre qu'au
« vendeur. *Point de distinction si le contrat porte ou non que*
« *c'est la chose d'autrui.....* Le motif de la nouvelle loi est que
« l'on ne doit point avoir le droit de vendre une chose quand
« on n'a pas celui d'en transmettre la propriété. *La trans-*
« *mission de propriété est l'objet de la vente.* C'est au proprié-
« taire à vendre la chose si bon lui semble ; mais pour celui
« qui ne l'est pas, la seule obligation dont l'exécution dé-
« pende de lui consistant dans les dommages-intérêts, *c'est*
« *par une pure subtilité* qu'on l'appelle vendeur[4]. »

Enfin on lit dans le discours du tribun Grenier :

« Suivant le droit romain qui était généralement observé

[1] Fenet, XIV, 24.

[2] Quand l'acheteur ignore que la chose est à autrui, l'acte est obligatoire en ce sens que le vendeur est tenu de dommages et intérêts (art. 1599, 2e phrase).

[3] Fenet, XIV, 118.

[4] Fenet, XIV, 157.

Digitized by Google

« à ce sujet et qui avait force de loi, le vendeur et l'acqué-
« reur pouvaient respectivement vendre et acheter la chose
« qu'ils auraient su ne pas appartenir au vendeur; l'acquéreur
« avait le droit de revendiquer la chose vendue, si elle venait
« au pouvoir du vendeur, ou, si celui-ci était dans l'impossi-
« bilité de la délivrer, l'acquéreur pouvait réclamer des dom-
« mages et intérêts à raison de l'excès de la valeur de la chose
« vendue au delà du prix de la vente [1].

« Cette législation qui, dans quelques cas, pouvait favoriser
« des vues immorales, a paru contraire au vrai principe de la
« vente. Son unique but doit être la transmission d'une pro-
« priété...

« Il a donc paru plus conforme *à la nature des choses et*
« *aux vues saines de la morale, d'annuler l'engagement comme*
« *vente.* Il ne pourra donner lieu qu'*à la seule restitution du*
« *prix ;* et dans le cas où il ne serait pas établi que l'acquéreur
« eût su que la chose était à autrui, l'acte ne produira qu'*un*
« *seul effet*, qui sera de donner lieu à des dommages et inté-
« rêts.....

« Au surplus, il est aisé de comprendre que cette disposi-
« tion législative a principalement trait aux immeubles, et
« qu'on ne peut l'appliquer aux objets qui font la matière des
« transactions commerciales, et qu'il est au pouvoir et dans
« l'intention du vendeur de se procurer [2]. »

4. Il résulte de ces documents que les rédacteurs du Code n'ont entendu prohiber, sous le nom de *vente de la chose d'autrui*, que la vente faite à l'insu du véritable propriétaire et qui aurait pour objet la translation de la propriété ou de la possession. Cette vente est radicalement nulle parce que l'exécution en est immorale ou impossible : immorale, car il ne doit pas être permis de disposer d'une chose dont on n'est pas propriétaire; impossible, car la translation de propriété ne peut s'opérer que par le consentement du véritable propriétaire. Que si les parties ont voulu, non faire la vente

[1] L'acheteur pouvait, bien qu'il eût connaissance que la chose n'appartenait pas au vendeur, réclamer des dommages et intérêts, mais à deux conditions : 1° qu'il y eût une stipulation expresse de garantie; 2° que l'acheteur n'eût pas caché au vendeur, qui l'ignorait, la cause de l'éviction qui avait eu lieu depuis le contrat. (Pothier, *Vente*, n°s 191, 192.)

[2] Fenet, XIV, 192.

Digitized by Google

proprement dite, mais s'obliger, l'une à procurer la chose en traitant avec le propriétaire, l'autre à payer un prix, le contrat est parfaitement valable; en effet, il n'a rien d'immoral et s'exécutera facilement, soit par la vente que fera le propriétaire, soit par la condamnation du promettant à des dommages et intérêts [1].

Nous arriverions aux mêmes conclusions, abstraction faite des travaux préparatoires, par la seule force du raisonnement. Mais ici distinguons deux hypothèses : ou la circonstance que la chose appartient à un tiers est ignorée des deux parties ou de l'une d'elles, ou elle est connue de toutes deux.

5. Première hypothèse : *Les deux parties ou l'une d'elles ignore que la chose appartient à un tiers.* Si c'est le vendeur qui est de bonne foi, il y a erreur sur ce qui fait l'objet de son obligation; ce que le vendeur voulait, en effet, c'était transmettre la propriété et non s'obliger à acquérir la chose pour la transmettre ensuite. On peut dire aussi qu'il y a erreur sur la nature du contrat, car dans la pensée des rédacteurs du Code, l'obligation de faire avoir une chose dont on n'est pas propriétaire ne constitue pas une vente, mais un contrat *sui generis*. (V. art. 1582, 1583.) Si c'est l'acheteur qui est de bonne foi, son obligation est sur fausse cause, car il ne s'obligeait à payer un prix que pour devenir instantanément propriétaire, ce qui ne peut pas avoir lieu dans l'espèce. Dans tous les cas, le consentement fait complétement défaut et le contrat est absolument nul [2]. Or de cette nullité résultent trois conséquences, savoir :

« 1° Que la nullité est proposable par toute personne in-
« téressée, non-seulement donc par l'une des parties, mais
« également par les deux parties;

« 2° Qu'elle est proposable, non pas seulement pendant dix
« ans (art. 1304), mais pendant trente ans (art. 2262);

« 3° Qu'elle n'est susceptible de s'effacer par aucune rati-
« fication ou confirmation [3]. »

Étudions séparément chacune de ces conséquences.

[1] En ce sens Mourlon.

[2], [3] M. Demolombe, *Obligations*, I, nos 125, 288; Code Napoléon, article 1131.

Digitized by Google

6. « La nullité est proposable également par les deux parties. » — Elle est donc proposable par le vendeur comme par l'acheteur, et peu importe que le demandeur en nullité soit de bonne ou mauvaise foi; il peut en effet toujours tenir ce langage : L'obligation de mon adversaire est inexistante, le contrat est synallagmatique; donc mon obligation est également inexistante. M. Troplong objecte au vendeur qui voudrait demander la nullité « qu'il ne saurait aller contre son propre fait et le critiquer pour inquiéter celui qu'il doit garantir. » Cette objection aurait quelque valeur si la vente n'était pas radicalement nulle; elle n'en a aucune dans le système de la nullité absolue qui est celui de la loi. Aussi MM. Aubry et Rau et Marcadé, partisans de cette nullité, permettent-ils à tout vendeur de refuser la délivrance; mais, singulière contradiction, ils décident que le vendeur ne peut, après avoir effectué la délivrance, demander l'annulation de la vente et la restitution de la chose, et se fondent, pour justifier cette distinction, sur la maxime banale *quem de evictione tenet actio eumdem agentem repellit exceptio*, comme s'il pouvait y avoir obligation de garantie quand l'obligation de délivrance n'existe pas[1]. Un argument plus sérieux, à l'appui de la distinction proposée, c'est que le vendeur serait sans qualité pour demander la restitution[2]; mais cet argument même n'est pas une fin de non-recevoir absolue : le vendeur pourra certainement agir s'il a reçu mandat de la convention ou de la loi pour représenter en justice le véritable propriétaire; j'ajoute, sauf à développer plus loin cette proposition, qu'il pourra également agir s'il a succédé au véritable propriétaire.

J'ai entendu émettre une autre théorie[3] : le vendeur, disait-on, doit toujours la délivrance, à moins que l'acheteur ne soit de mauvaise foi, car si le vendeur n'est pas coupable de dol, il a au moins commis une faute qui le rend passible de dommages et intérêts; pourquoi le juge n'ordonnerait-il pas la mise ou maintenue de l'acheteur en possession à titre satisfactoire? — Cette idée, assurément fort ingénieuse, vient

[1] La garantie n'est que la délivrance continuée.
[2] Mêmes auteurs. — Mourlon.
[3] Par M. Oudot à son cours.

Digitized by Google

se heurter aux considérations d'ordre moral qu'indiquent les discours de Portalis et du tribun Grenier. En règle générale d'ailleurs, les dommages et intérêts ne peuvent consister qu'en argent : c'était l'ancienne jurisprudence, que ni le Code civil ni le Code de procédure civile n'ont voulu abroger[1]; l'argent seul peut servir de commune mesure et remplacer exactement la chose promise quelle que soit cette chose. Dans l'espèce, la délivrance ne serait pas pour l'acheteur l'équivalent de la chose promise, car qu'est-ce qu'une possession dont on peut être dépouillé du jour au lendemain? D'un autre côté, cette délivrance pourrait avoir pour résultat d'infliger au vendeur un préjudice supérieur au dommage qu'il s'agissait de réparer. Supposons, par exemple, que le propriétaire ne puisse plus, à raison de la prescription, être réintégré dans sa propriété : le vendeur pourra être condamné à lui restituer non-seulement la valeur de la chose au jour de la vente, mais encore la plus-value par elle acquise au jour de la restitution[2]. De même si l'acheteur détruit ou dégrade la chose, le vendeur en sera responsable. Donc, à quelque point de vue qu'on se place, la réparation ne peut être que pécuniaire.

7. Deuxième conséquence : Prescription de trente ans. — Tout le monde reconnaît que l'art. 1304 est inapplicable aux actes inexistants. « C'est ainsi que l'héritier contre lequel on se « prévaudrait d'un traité fait avant l'ouverture de la succes- « sion, pour repousser l'action en pétition d'hérédité ou en « partage par lui introduite, est encore admis à faire déclarer « ce traité non avenu, bien qu'il se soit écoulé plus de dix ans « depuis le décès de la personne dont la succession forme « l'objet de cette action..... C'est ainsi que quoique les hé- « ritiers du donateur puissent, après sa mort, confirmer une « donation nulle en la forme, ils n'en jouissent pas moins « d'un délai de trente ans à partir de son décès pour intenter « l'action en nullité qui leur compète[3]. »

8. Troisième conséquence : Pas de ratification possible. —

[1] Domat, *Lois civiles*, livre 3, titre 5, section 2, § 16. — Code de procédure, 126, 128, 524.

[2] V. Req., 20 juillet 1852 (S. V., 52, 1, 689).

[3] MM. Aubry et Rau, III, p. 193, 194.

Digitized by Google

Pour admettre la ratification, on fait valoir que l'acheteur est désormais sans intérêt[1]. Je n'ai pas à m'arrêter à cette objection, puisque la nullité a lieu de plein droit et que d'ailleurs la maxime *sans grief point de nullité* n'a plus cours en France[2]. Si le juge se refusait à prononcer la nullité, il prendrait sur lui d'opérer le transport de la propriété, ce qui constituerait un excès de pouvoir des plus caractérisés. Marcadé fait une distinction : il admet la ratification quand elle se produit avant la demande en nullité ; il la repousse quand elle se produit postérieurement. Le motif sur lequel il se fonde, c'est que l'acheteur qui ne demande pas la nullité est censé vouloir conserver la chose et en avoir la propriété : « d'où la « conséquence que quand le vrai propriétaire vient déclarer « qu'il ratifie la vente et cède sa propriété à l'acheteur, il y « a concours de deux volontés, et la propriété se trouve ainsi « transmise au possesseur à partir de ce moment. » Par quelle aberration d'esprit le savant jurisconsulte, qui enseigne d'un bout à l'autre de son commentaire sur l'article 1599, que la vente est inexistante, est-il arrivé à reconnaître un concours de volontés entre deux parties dont l'une, le propriétaire, ne fait pas et ne peut pas faire une ratification proprement dite, l'auteur le reconnaît, la vente étant légalement inexistante, mais seulement une offre de vente, et dont l'autre, l'acheteur, n'a fait aucune déclaration d'acceptation et dont le silence s'explique par cette simple considération qu'il n'y avait rien de fait ? C'est ce que personne ne comprendra.

Marcadé soutient également que la vente devient valable si les qualités de vendeur et de propriétaire viennent à se réunir sur la même tête avant la demande en nullité. Par l'effet de cette réunion, « le vendeur se trouve immédiate- « ment dans l'obligation de transférer la propriété de la « chose, et comme dans notre droit, l'obligation de transfé- « rer la propriété s'accomplit *ipso jure* à l'instant même où « elle naît, d'après l'article 1138, il s'ensuit que la propriété, « aussitôt qu'elle a reposé sur sa tête, passe immédiatement « sur celle de l'acheteur. » Ici encore Marcadé oublie que l'obligation du vendeur n'a aucune existence légale,

[1] M. Troplong.
[2] MM. Aubry et Rau, § 37, texte, et note 10.

Digitized by Google

9. Deuxième hypothèse : *Les parties savent que la chose appartient à un tiers.* — Dans ce cas, la convention n'est pas sans cause, mais elle est immorale *si elle se fait à l'insu du véritable propriétaire.* L'exécution, en effet, peut causer à ce propriétaire un préjudice irréparable et n'est rien moins qu'un délit de droit civil ou criminel [1]. La société doit donc refuser de se prêter à cette exécution.

Il peut arriver que l'acheteur ait stipulé la garantie et que même il ait été dit qu'il aurait, en cas d'éviction, droit à des dommages et intérêts. Cette clause serait nulle, car ne donnant pas à l'acheteur le droit d'exiger la délivrance, elle ne peut pas lui donner l'action en garantie qui n'est que la sanction de l'obligation de délivrer la chose. Si, dans l'ancien droit, la clause dont il s'agit était obligatoire, c'est que la vente de la chose d'autrui était permise [2]. Mais dans notre droit, où cette vente est absolument nulle par des raisons tirées de la nature des choses et de l'ordre moral, les dommages et intérêts n'auraient aucun fondement [3].

La nullité de la vente de la chose d'autrui faite à l'insu du propriétaire par deux personnes qui savent l'une et l'autre que la chose appartient à autrui, sera-t-elle couverte par l'exécution volontaire de la convention? Non, en principe; toutefois, il résulte de l'article 1629 que, dans le cas de stipulation de non-garantie, le vendeur n'est pas tenu de restituer le prix, encore bien qu'il y ait éviction, si l'acquéreur a eu connaissance, lors de la vente, du danger de l'éviction ou s'il a acheté à ses périls et risques. On a dit, pour expliquer cette disposition, que la vente, dans l'hypothèse prévue par l'article 1629, est un contrat aléatoire et qu'ainsi le prix n'a pas été payé sans cause [4]. Cette explication est inacceptable : le payement a une cause immorale puisque

[1] V. Pothier, *Vente*, nos 271, 274.— Code Napoléon, articles 1382, 2059.— Code pénal, article 408. — V. aussi L. 31, D., *Depositi*, et C. Nap., 1938, 1956 et 1960.

[2] V. le discours de Grenier, cité au n° 3, et la note.

[3] V. en ce sens un arrêt très-bien motivé de la Cour de Caen du 12 février 1840 (S. V., 40, 2, 307).— V. Code Napoléon, article 1227. — En sens contraire Marcadé sur l'article 1629 et MM. Aubry et Rau, § 355 texte et note 42.

[4] Mourlon, n° 573.

Digitized by Google

l'acheteur a su que la chose appartenait à autrui et a voulu acquérir la possession à l'insu du véritable propriétaire ; il est donc nul et de nul effet et devrait donner lieu à la répétition (C. Nap., art. 1131, 1235). On ne peut pas non plus expliquer l'article 1629 par l'ancienne jurisprudence qui refusait la répétition quand la cause de l'obligation avait quelque chose de honteux pour l'auteur de la prestation. Cette jurisprudence a été abandonnée par les rédacteurs du Code : nous en avons la preuve et dans l'article 1131 [1] et dans l'article 1599 qui donne à tout acheteur même de mauvaise foi le droit de demander la nullité. Je crois que l'article 1629, qui a du reste passé sans discussion, est une inadvertance, un débris de l'ancien droit qui, permettant la vente de la chose d'autrui, devait, par conséquent, dispenser le vendeur de la restitution du prix, en cas d'éviction, lorsqu'il paraissait que ce n'était pas tant la chose qu'il avait vendue que la prétention incertaine qu'il avait à cette chose [2]. Ce n'est pas une raison sans doute pour refuser d'appliquer l'article 1629, mais c'en est une pour l'interpréter strictement et ne permettre au vendeur de retenir le prix, que dans le cas textuellement prévu de stipulation de non-garantie dans une vente faite à une personne, qui connaissait le danger de l'éviction ou qui a acheté à ses périls et risques.

Ainsi, aucune clause, aucun acte d'exécution ne pourra en principe couvrir la nullité ; voilà pour le cas où les parties ont voulu faire le contrat de vente à l'insu du véritable propriétaire.

La vente sera au contraire valable si nous supposons que le propriétaire a eu connaissance du contrat au moment où il s'est formé. *Semper qui non prohibet pro se intervenire mandare creditur* (L. 60, D., *De reg. juris*). La convention est également valable, sinon comme vente, du moins comme contrat innomé, si les parties qui traitent à l'insu du véritable propriétaire se proposent d'obtenir son consentement dont elles font la condition *sine qua non* de la délivrance et du payement du prix. Cette convention, en effet, n'ayant pour objet ni la transmission de la propriété ni la transmission de la possession, est en tout différente de la vente de la chose d'autrui.

[1] M. Demolombe, *Obligations*, n° 382.
[2] Pothier, *Vente*, n° 187.

Digitized by Google

10. Aussi est-ce un point constant en doctrine et en jurisprudence que l'article 1599 est inapplicable, si la prétendue vente de la chose d'autrui a été contractée sous la condition suspensive de l'acquisition de cette chose par celui qui a déclaré vendre, ou si le prétendu vendeur s'est porté fort pour le véritable propriétaire[1].

Pas de doute non plus que l'article soit étranger à la vente de choses *in genere*. Il est vrai que le vendeur de genre s'oblige à transférer la propriété; mais la chose qu'il vend n'appartient déterminément à personne; ce n'est donc pas la chose d'autrui[2].

11. Il y a au contraire dissentiment entre les auteurs sur l'effet de la convention par laquelle une personne aurait, sans se porter fort, promis de procurer ou déclaré vendre une chose appartenant à un tiers que le contrat désigne. Mourlon enseigne que la vente est nulle comme elle le serait, de l'avis de tous les auteurs, si le contrat ne portait pas que la chose est à autrui. Toutefois, Mourlon admet un tempérament. « S'il était, dit-il, démontré par certaines clauses de l'acte ou « par d'autres circonstances, que celui qui a déclaré vendre « la chose d'autrui a entendu par là s'engager, non pas à « procurer à l'acheteur cette chose comme chose d'autrui, « mais à l'en rendre propriétaire, après qu'il en aura lui-« même acquis la propriété, en traitant avec le maître au-« quel elle appartient, les juges devraient maintenir la con-« vention, non point comme vente, mais comme contrat « innomé engendrant pour le vendeur, sous peine de payer « des dommages et intérêts à l'acheteur, s'il ne l'accomplit « point, l'obligation d'acquérir la chose et de la lui transmet-

[1] MM. Aubry et Rau, III, § 351 texte et note 47.— Civ. rej., 8 janvier 1866 (S. V., 66, 1, 99). — Les tribunaux d'Orléans et de Toulouse avaient demandé que l'article déclarât valable la clause par laquelle celui qui déclare vendre la chose d'autrui se porte fort pour le véritable propriétaire (Fenet, V, 82, 615). Les rédacteurs du Code auront jugé inutile de s'expliquer à cet égard.

[2] L'article 1599 est-il applicable en matière commerciale? La question est fort controversée. M. Demangeat pense que l'article est inapplicable (*Traité de droit commercial*, p. 116). MM. Aubry et Rau sont d'avis opposé (§ 351 texte et note 46). Ils argumentent du rapport du tribun Grenier; mais il est fort possible que l'auteur du rapport n'ait entendu parler que *de eo quod plerumque fit*,

Digitized by Google

« tre après l'avoir acquise. Ils ont en effet pour office de « considérer la nature du contrat que les parties ont eu en « vue, et le but qu'elles s'y sont proposé plutôt que le nom « qu'elles lui ont donné..... Et comme dans les contrats il « faut entendre les mots employés par les contractants dans « le sens avec lequel le contrat peut valoir plutôt que dans « le sens avec lequel il serait nul (art. 1157), cette interpré- « tation de la vente d'une chose expressément déclarée vente « de la chose d'autrui devra être admise dans la plupart des « cas[1]. » Je crois qu'en effet il n'y a pas à s'attacher aux mots qu'ont employés les parties contractantes; mais c'est à tort et sans aucun fondement que Mourlon présume, de la part des parties, l'intention de faire une convention prohibée par la loi. « La loi civile ne scrute pas les consciences. Les « pensées ne sont pas de son ressort; à ses yeux le bien est « toujours prouvé quand le mal ne l'est pas[2]. » L'interprétation rigoureuse donnée par Mourlon méconnaît ce principe fondamental et se concilie mal, soit avec l'article 1157, soit avec les applications équitables qu'on s'accorde à faire de l'article 1120[3].

12. En résumé, l'article 1599 ne frappe de nullité que la convention immorale ou impossible par laquelle une personne se propose de transférer la propriété ou la possession d'une chose qui appartient à un tiers sans le consentement de ce tiers. Si les parties n'ont pas voulu faire cette convention, elles sont en dehors des prévisions de l'article. Or il appartient aux juges d'apprécier souverainement la convention, et c'est dans un esprit d'équité et non par de vaines subtilités étrangères à l'esprit du Code en général et de notre article en particulier[4] que la question d'intention doit être résolue.

A. LELIGOIS.

[1] Mourlon, p. 216.

[2] Portalis, *Exposé des motifs du titre de la Propriété.*

[3] M. Demolombe, *Obligations*, I, nos 203 et suiv.

[4] V. les discours cités au n° 3. — V. aussi la discussion de l'article au Conseil d'État.

Digitized by Google

RAPPORT DE M. CH. LUCAS

A L'ACADÉMIE DES SCIENCES MORALES ET POLITIQUES

sur l'abolition de la peine de mort en Portugal.

La *Revue de législation* a déjà plusieurs fois mentionné les travaux préparatoires de révision du Code pénal de 1852, en Portugal, et leur a consacré même des insertions assez étendues [1]. La haute commission chargée de cette mission, instituée par décret du 30 décembre 1857, s'est livrée avec la plus louable persévérance à son travail de rédaction, dont elle n'a pas publié moins de quatre éditions successives, élaborées chacune avec un nouveau soin; mais les trois premières seulement paraissent avoir été livrées à la connaissance de l'opinion publique : le gouvernement portugais se serait réservé l'examen du quatrième et dernier projet de la commission, qui a eu constamment pour rapporteur le savant Maria Jordão, conseiller d'État, et l'un des plus éminents jurisconsultes du Portugal. L'œuvre de la commission n'a, par ce motif jusqu'ici, qu'une valeur scientifique : la peine de mort y était maintenue, et le ministre de la justice, M. Barjona Freitas, a donc dû écarter les principes développés dans le rapport de M. Maria Jordão, pour justifier la conservation de l'échafaud, lorsqu'il a proposé en juin et juillet 1867 au vote des deux Chambres et à la sanction royale, la loi abolitive de la peine de mort.

Quelque opinion qu'on professe sur cette grave question, on doit éprouver le besoin d'interroger les faits qui surgissent et de constater les précédents qui viennent à s'établir.

C'est pour répondre à ce besoin que M. Ch. Lucas s'est proposé d'exposer à l'Académie des sciences morales et politiques, dans des communications successives, l'état actuel de la question de la peine de mort, dans les différents pays de l'Europe. C'est ainsi qu'en 1867 il a fait à cette Académie une communication sur l'abolition de fait de la peine de mort en Belgique; en 1868, une seconde, dont il a été parlé

[1] V. t. XVII, p. 56, 119 et 500; t. XVIII, p. 123.

Digitized by Google

dans cette *Revue*, sur l'état actuel de la peine de mort en Suède. Nous venons aujourd'hui rendre compte de sa nouvelle communication qui concerne l'abolition de la peine de mort en Portugal, que nous ne saurions mieux faire connaître que par les extraits suivants.

M. Ch. Lucas expose d'abord ainsi l'objet des recherches de son travail :

« Dès la fin du XVIII[e] siècle quelques gouvernements prononcèrent l'abolition de la peine de mort. Ces exemples, qui ont été beaucoup plus fréquents de notre temps, accusent dans leur ensemble un mouvement abolitioniste dont on ne saurait méconnaître la valeur historique et philosophique. Mais chacun d'eux, considéré isolément, ne saurait présenter la même importance.

« Ce n'est pas ici le moment de faire l'énumération de ces abolitions officielles, et de nous livrer, soit à un examen rétrospectif de celles qui n'appartiennent plus qu'à l'histoire, soit à une appréciation actuelle de toutes celles qui sont placées sous nos yeux. Nous dirons seulement qu'en général, pour juger la signification et la portée de ces abolitions officielles, il faut interroger leur origine. La suppression de la peine de mort est une grande réforme de civilisation chrétienne qui se rattache plutôt à l'ordre moral qu'à l'ordre politique. Lorsqu'on la voit soudainement jaillir du sol mouvant des réactions politiques, sa base est trop fragile pour qu'elle puisse prétendre à la longévité. Mais lorsque cette réforme s'accomplit dans les temps calmes, sous l'influence des progrès de la raison publique et de l'adoucissement des mœurs, alors elle peut aspirer à la durée et appeler l'attention la plus sérieuse du philosophe et de l'homme d'État, qui doivent y rechercher l'autorité d'un précédent.

« C'est cette recherche qui est l'objet des considérations rapidement développées dans cet exposé de l'abolition de la peine de mort en Portugal.

« Don Louis I[er] n'a pas agi comme Catherine sous l'inspiration d'une préoccupation politique, destinée à étonner le monde et les philosophes par l'une des plus grandes hardiesses de son temps. La réforme que don Louis I[er] vient de promulguer pour l'honneur de son règne et la gloire de son pays, constate et consacre à la fois l'influence des mœurs sur

Digitized by Google

les lois. Elle se produit dans le monde civilisé, non plus seulement comme le vœu éclairé d'un prince magnanime, mais comme l'expression des sentiments et des besoins moraux du pays, attestés par les délibérations et les votes unanimes des pouvoirs publics. »

L'honorable académicien jette un rapide coup d'œil sur les diverses origines du droit pénal en Portugal, antérieurement à la fondation de la monarchie. Il en résulte, dit-il, que lorsqu'en 1095, Henri de Bourgogne, après avoir reçu d'Alphonse VI de Castille l'investiture de cette contrée, en expulsa les Arabes et fonda la monarchie portugaise, qu'il transmit à son fils Alphonse I^er^, ce pays avait successivement subi la conquête des Romains, celle des Germains et plus spécialement des Wisigoths; enfin celle des Arabes : trois races avaient ainsi mêlé à celle primitive des Lusitaniens, leur sang, leurs mœurs, leurs coutumes et leurs lois.

M. Lucas expose ensuite les transformations diverses du droit pénal en Portugal depuis la fondation de la monarchie, et nous croyons ici devoir citer textuellement son rapport qui se prêterait difficilement à l'analyse.

« L'histoire du droit pénal en Portugal, depuis la fondation de la monarchie en 1095, jusqu'à la loi abolitive de la peine de mort en 1867, peut se diviser en six époques.

« PREMIÈRE ÉPOQUE.—*Depuis Henri de Bourgogne, fondateur de la monarchie* (1095), *jusqu'à Alphonse V dit l'Africain* (1446). — La première jusqu'aux ordonnances d'Alphonse V, dit l'Africain en 1446, voit se prolonger l'influence du Code pénal wisigoth surtout comme droit coutumier. Mais la pénalité néanmoins est mieux appropriée aux us et coutumes des diverses populations, sous l'empire des chartes octroyées par les rois et les seigneurs aux communes et terres de leur dépendance. Toutefois, à côté des peines corporelles de la mort et de la mutilation, la vengeance privée, si restreinte par le Code pénal wisigoth, vient s'élargir dans ces chartes.

« Alphonse IV voulut y apporter quelque atténuation en ne la permettant qu'aux nobles et aux hommes les plus notables. A côté des peines corporelles, les peines pécuniaires occupent une place considérable, mais non plus comme unique expression de la théorie des compensations.

« DEUXIÈME ÉPOQUE.—*Depuis la promulgation des ordonnances*

Digitized by Google

d'Alphonse V (1446), *jusqu'à celle des ordonnances de Philippe II.* — La seconde époque nous a paru dater des ordonnances [1] préparées par Jean I[er] et promulgées par Alphonse V dit l'Africain en 1446. La première raison, c'est qu'on y trouve l'ensemble d'un travail législatif « élaboré sur les lois générales, sur les décisions des Cortès, sur les us et coutumes nationaux [2]; » la seconde, c'est qu'en ce qui touche le régime pénal, ces ordonnances s'inspirent surtout du droit romain et du droit canonique. Cette indication semblerait devoir annoncer un notable progrès dans l'amélioration de la pénalité. Mais malheureusement il n'en est rien. Si, en principe, la civilisation romaine, uniquement préoccupée de l'importance politique du citoyen, avait pris peu de souci de la dignité de l'homme, qu'elle réduisait par l'esclavage à l'état de chose, en fait elle n'avait pas mieux compris et respecté les sentiments de l'humanité dans ses lois pénales [3]. Quant au christianisme, il lui fallait accomplir sa mission régénératrice dans l'ordre moral, avant que ses principes pussent pénétrer dans l'ordre pénal, et y substituer aux traditions séculaires et aux pratiques sanguinaires du talion, l'influence bienfaisante de sa doctrine évangélique. On ne saurait expliquer autrement, dans ces ordonnances alphonsines, cette prodigalité des pénalités les plus atroces, la peine de mort, la mutilation, le feu, le fouet, etc., sans aucun principe de proportionnalité et en élargissant même la sphère de ses cruautés, qui au delà du crime allaient atteindre jusqu'au péché. Le régime pénal de ces temps devait aussi se ressentir de l'influence de la féodalité, qui se révèle et se caractérise dans la différence de la nature des peines, entre les nobles et les vilains. Telles furent ces ordonnances d'Alphonse V, qui ne reçurent aucune amélioration dans celles édictées par don Emmanuel, de 1505 à 1521, dont le cinquième livre est consacré aux matières criminelles [4].

[1] *Ordenaçoes Alfonsinas.* M. Castro, professeur à l'Université de Coïmbre, en a publié une édition en 1793. — Voir Nypels : *Bibliothèque choisie du droit criminel.*

[2] M. Lévy-Maria Jordão.

[3] *In mare projici, e saxo tarpejo præcipitari, arbore infelici teste suspendi, igne necari, corpus virgis ad necem cædi, cruci affigi, in campo scelerato vivam defodi,* etc.

[4] *Ordenaçoes manoelinas.*

Digitized by Google

« Troisième époque. — *Depuis la promulgation des ordonnances philippines jusqu'à l'avénement de doña Maria I^re^* (1777). — La troisième époque commence à 1580, date de la réunion du Portugal à l'Espagne par Philippe II, qui introduisit dans ce pays les ordonnances philippines publiées[1] sous son successeur à Lisbonne en 1603, et s'étend jusqu'à l'avénement de doña Maria I^re^ au trône en 1777. On nous dira peut-être que cette époqoe est trop restreinte, et qu'il fallait l'étendre jusqu'au 10 décembre 1852, date du Code publié sous la fin du règne de doña Maria II, parce que c'est ce Code qui marque la fin de l'existence légale des ordonnances philippines[2]. L'appréciation des ordonnances philippines est le premier motif qui nous a fait penser autrement. Ce n'est que leur longévité qui a pu nous déterminer à en faire le point de départ de cette troisième époque. Elles ne mériteraient pas cette place, si on les envisageait au point de vue historique des transformations du droit pénal portugais. Elles n'ont point en effet la valeur d'une amélioration progressive : c'est toujours la même nature de pénalités et le même esprit, toujours même système de cruautés, de tortures, de mutilations. On remarque seulement, titre 124, un règlement, qui offre sur la procédure criminelle un bizarre amalgame de formalités anciennes, et de celles du droit romain, mêlées à celles du droit canonique et aux doctrines des glossateurs et des écrivains du XIII^e^ siècle[3].

« Le pouvoir gouvernemental n'a pas même dans ces ordonnances la conscience complète de son droit de punir; il n'est pas encore entré dans la plénitude de son exercice. La vengeance privée est toujours autorisée par plusieurs chapitres.

« Un second motif, c'est que ces ordonnances philippines, qui ont fait leur apparition dès le commencement du XVII^e^ siè-

[1] Ces ordonnances, dites *philippines* (*ordenaçoes philippinas*) furent introduites en Portugal par Philippe II, à l'époque de la réunion de ce pays à l'Espagne, sous le règne de ce prince. — *Ordenaçoes e Leis do Reino de Portugal reçopilados per mandado, da rei dom Philippe.* Lisboa, 1603, in-4.

[2] « Le Portugal, dit M. Lévy-Maria Jordão, jusqu'en 1852, a été régi « par les vieilles ordonnances philippines, publiées au commencement du « XVII^e^ siècle. » Exposé des motifs de la partie générale du projet de Code de 1859.

[3] Lévy-Maria Jordão. — Introduction au *Commentaire du Code pénal de 1852.*

Digitized by Google

cle, ne purent sérieusement conserver leur vigueur jusqu'au milieu du XIX^e^ siècle. Lorsque doña Maria I^re^ monta sur le trône, une nouvelle ère venait de s'inaugurer dans la science pénale par le mouvement des études philosophiques, et son avénement offre ainsi une ligne de démarcation déjà prononcée entre les vieilles et barbares traditions de l'ancien régime pénal et les errements du régime nouveau.

« QUATRIÈME ÉPOQUE.— *Depuis l'avénement de doña Maria I^re^* (1777), *jusqu'à l'établissement du régime constitutionnel* (1820). — L'importance de ces considérations nous détermine à voir depuis l'avénement de doña Maria I^re^ en 1777, jusqu'à l'établissement du régime constitutionnel en 1820, une quatrième époque. Dès la seconde année du règne de doña Maria se fait sentir l'influence de l'ère nouvelle. En 1778, paraît la décision royale qui charge une commission de la révision complète de toute la législation. Un célèbre professeur de l'Université de Coïmbre, Paschoal-Jose-Mello Freire, achève en cinq années un projet de Code de droit public et de droit criminel. Mais la commission de censure chargée de l'examen de ce projet en empêche la publication [1].

« Néanmoins les vieilles ordonnances philippines perdirent chaque jour de leur empire légal. La jurisprudence des tribunaux en adoucissait les rigueurs, et quelques mesures législatives en modifiaient les pénalités. C'est ainsi que la loi du 5 mars 1790, § 12, vient constater que la question est tombée en désuétude.

« Cependant l'influence de la philosophie qui caractérisait la fin du XVIII^e^ siècle et le commencement du XIX^e^, semble se révéler dans le décret du 12 décembre 1801, où l'application de la peine de mort est réduite aux crimes les plus atroces. Mais rien n'accuse ensuite un mouvement progressif du droit pénal en Portugal dans cette période, sauf pourtant un fait qui honore le règne de doña Maria I^re^, celui du projet d'établissement à Lisbonne d'une prison modèle, dont le plan fut confié à Cyrille-Valkmar Machedo. Il ne reçut pas malheureusement son exécution, mais ce projet témoignait au moins

[1] Ce Code de M. Mello a été publié à Lisbonne en 1823, sous le titre de : « *Ensayo de Codigo criminal a que mandon proceder a rainho fidelissima « doña Maria I*, » avec une introduction et des notes par M. Miguel Solano.

Digitized by Google

que l'on commençait à sentir la place que devait occuper, dans la réforme pénale, l'amélioration du régime de l'emprisonnement.

« Il ne faut pas du reste s'étonner des progrès lents du droit pénal en Portugal, quand on songe à toutes les vicissitudes politiques que traversa ce pays, pendant les quarante-trois années qu'embrasse cette période.

« Ayant épousé son oncle qui régna avec elle sous le nom de Pierre III jusqu'en 1786, époque où il mourut, doña Maria Ire, après avoir régné seule pendant six ans, tomba en démence en 1792, et alors commença la régence de son fils Jean IV, qui, à l'époque de l'invasion des Français en 1807, quitte le Portugal avec sa mère pour aller ajouter au titre de régent de Portugal celui d'empereur du Brésil; puis à la mort de doña Maria en 1816, il est proclamé sous le nom de Jean VI, roi de Portugal, où régnait sous son nom l'ambassadeur d'Angleterre lord Beresford.

« Ainsi jusqu'à la révolution de Porto en 1820, qui mit fin à la domination anglaise, le Portugal n'avait pu même jouir pendant une partie de cette période de son indépendance nationale. Ce n'est pas dans de pareilles conditions que peut s'accomplir sous le rapport de l'ordre moral et pénal le développement progressif d'une nation.

« Cinquième époque.—*Depuis l'établissement du régime constitutionnel* (1820) *jusqu'à la promulgation du Code pénal de* 1852. — La cinquième période historique du droit pénal portugais, commençant à l'établissement du régime constitutionnel en 1820, se termine en 1852, date significative de la codification relative à la législation et à la procédure criminelles en ce pays.

« Mais au double avantage de reconquérir son indépendance et d'établir un régime constitutionnel, le Portugal ne put guère, au début de cette période, et pendant la plus grande partie de son cours, joindre celui d'arriver au terme de ses vicissitudes politiques. La guerre civile ne fit même que les aggraver. Don Pedro, auquel Jean VI, son père, hésitant entre les constitutionnels et les absolutistes, avait délégué ses pouvoirs, sauva le trône, en acceptant la Constitution des Cortès. La confirmation de cette acceptation par Jean VI, et son retour en Europe en 1821, furent suivis en 1822 de la sépara-

Digitized by Google

tion du Portugal et du Brésil, qui proclama don Pedro empereur sous le titre de Pierre IV.

« Jean VI, qui avait aboli en 1823 la Constitution acceptée par lui en 1821, meurt en 1826, après un règne agité par les dissensions civiles entre les constitutionnels et les absolutistes, en laissant deux fils, don Pedro et don Miguel.

« Appelé au trône de Portugal, don Pedro, après y avoir rétabli par une Charte le régime constitutionnel, renonce en 1827 à la couronne portugaise, en faveur de sa fille doña Maria II, et retourne au Brésil en abandonnant la régence à son frère don Miguel, auquel doña Maria avait été fiancée. C'est alors que l'usurpation de don Miguel livre ce malheureux pays à tous les déchirements de la guerre civile.

« Ayant laissé la couronne à son fils, don Pedro quitte le Brésil en 1831 pour rétablir sa fille doña Maria sur le trône, et, après avoir chassé don Miguel, meurt en 1834. Avec le rétablissement de doña Maria II *da gloria*, proclamée majeure par les Cortès, eut lieu celui de la Constitution. Mais le règne de doña Maria est troublé par les agitations des partisans de don Miguel et des constitutionnels : elle meurt en 1853, après après avoir été contrainte de signer, en 1851, l'acte additionnel à la Constitution qui lui avait été imposé, à la suite de la révolution militaire dont le général Saldanha était le chef.

« Si l'on ne traçait pas cette rapide esquise des événements politiques en Portugal, on ne pourrait comprendre comment ce pays n'avait encore à cette époque en matière pénale d'autre législation que les ordonnances philippines de 1603. Nous avons déjà vu que le besoin de remplacer cette législation surannée, qui offrait toute la dureté de celle d'Alphonse V et d'Emmanuel, par un Code approprié aux progrès de la civilisation, s'était fait sentir dès 1778, à l'avénement de doña Maria I^re^.

« Il se manifeste avec une nouvelle énergie à l'occasion de l'établissement du régime constitutionnel. Les Cortès nomment dès 1821 une commission législative, chargée de la rédaction d'un Code pénal, et les efforts de cette commission étant restés sans résultats, un prix, fixé d'abord à 45,000 francs, puis élevé à 60,000 francs, fut fondé, pour être décerné à l'auteur du meilleur projet de Code pénal.

Digitized by Google

« Cette fondation avait excité une louable émulation en Portugal et à l'étranger. On a su depuis que Bentham et le célèbre criminaliste, Carmignani[1], avaient adressé chacun leur projet de Code pénal au gouvernement portugais. Mais le seul travail dont l'existence fut divulguée, avait pour auteur Jose-Manoel Veiga, docteur en droit canon. Une ordonnance du 19 décembre 1836 chargea de l'examen de ce projet une commission qui l'approuva, et une autre ordonnance du 4 janvier 1837 en prescrivit l'observation aussitôt qu'il aurait été publié intégralement. M. Lévy-Maria Jordão déclare que des raisons qu'il ignore ont empêché cette publication officielle, et il le regrette en raison du mérite de ce travail. Nous croyons devoir mentionner ici la promulgation qui eut lieu le 21 mai 1841 d'un Code de procédure civile et criminelle sous le titre de *novissima reforma judiciaria*. La partie concernant la procédure criminelle fut modifiée en 1853, dans plusieurs de ses dispositions.

« Enfin le 10 décembre 1835, une commission fut chargée par le gouvernement de préparer un projet de Code pénal, dont le travail terminé en 1852 le 30 septembre, fut adopté comme loi de l'État par décret du 10 décembre de la même année.

« Sixième époque.— *Depuis la promulgation du Code pénal de 1852 jusqu'à la loi abolitive de la peine de mort de juillet 1867.* — Nous arrivons ainsi à la sixième période qui commence par la date remarquable de la promulgation du premier Code pénal portugais du 10 décembre 1852, et se termine par la date plus remarquable encore de la loi abolitive de la peine de mort de juillet 1867.

« L'horizon politique s'était éclairci en Portugal : don Pedro V était monté sur le trône sous la tutelle de son père le prince de Saxe-Cobourg-Gotha, veuf de la reine doña Maria II, morte en 1853, et qu'il avait épousée en 1836. Le règne de don Pedro V qui, dès 1854, avait atteint sa majorité, se termina en 1861 par la mort prématurée de ce prince éclairé,

[1] On trouve dans le tome V des écrits inédits de Carmignani, publiés en 1852 sous le titre de *Scritti inediti*, le projet de Code de procédure criminelle qu'il avait rédigé pour le Portugal; mais le projet de Code pénal ne s'y rencontre pas.— Carmignani mourut en mars 1847.

Digitized by Google

dont le souvenir est resté cher à son pays parce qu'il s'attacha à ramener le calme dans les esprits, la stabilité dans les institutions politiques et à imprimer partout un esprit progressif à l'action gouvernementale et administrative.

« Appelé au trône le 11 novembre 1861 à l'âge de vingt-trois ans, don Louis Ier se montra le digne continuateur de son glorieux prédécesseur : c'est l'influence de l'esprit progressif de ces deux princes et d'une généreuse initiative de doña Maria II, qui prépara et permit d'arriver à réaliser dans l'administration de la justice criminelle la grande réforme de l'abolition de la peine de mort. Le Code pénal de 1852 est le point de départ mémorable des améliorations introduites dans le droit criminel, qui caractérisent cette époque. C'est par ce Code, en effet, que le Portugal, qui depuis deux siècles et demi vivait sous l'empire des ordonnances philippines, répudiait enfin l'existence légale des ces vieilles et barbares pénalités, pour s'associer par la réforme de son droit pénal aux progrès des mœurs et des temps. Mais en cédant un peu trop au désir de résumer dans cette législation nouvelle tous les progrès de la civilisation moderne, et de lui donner un caractère plus scientifique que national et une tendance beaucoup plus éclectique qu'unitaire, le Portugal ne réussit pas à promulguer un Code suffisamment approprié aux mœurs et aux besoins du pays. On y sent trop la compilation des Codes de France, d'Espagne, d'Autriche, de Naples et du Brésil, dont plusieurs articles sont littéralement extraits. On ne peut ainsi saisir dans ce Code l'esprit de son ensemble et l'unité de ses doctrines fondamentales. Tout Code pénal doit aspirer à mettre en harmonie les principes sur lesquels il repose, avec les mœurs du pays auquel il s'adresse.

« Dans la remarquable introduction au commentaire du Code pénal de 1852, M. Maria Jordão constate judicieusement les difficultés de l'interpréter : « Nous manquons, dit-il, pour l'interprétation d'une des principales ressources, qui consiste à connaître quel est le principe qui a présidé à la confection du Code. Or, ce principe, il est souvent impossible de le découvrir parce que quelquefois il se présente à nous comme fils de l'école utilitaire ou sensualiste, d'autres fois comme fils de l'école spiritualiste. »

« Ce Code n'avait pas rempli l'attente du pays, et les critiques

Digitized by Google

dont il fut l'objet dans la magistrature, dans les Chambres, dans la presse et dans le barreau, firent promptement éprouver le besoin de sa révision ou plutôt de son remplacement par un Code nouveau. Dès 1853, une loi apporta à ce Code d'importantes modifications, surtout en ce qui concernait la procédure criminelle, en consacrant l'institution du jury.

« Un décret du 30 décembre 1857 institua une haute commission de révision, chargée de l'élaboration d'un nouveau Code pénal, qui au bout de deux années en termina la première partie sous le titre de partie générale. Cette première partie fut soumise à l'approbation du gouvernement dans un rapport au roi du 4 juillet 1859, qui en contenait l'exposé des motifs, rédigé par le savant rapporteur de la haute commission [1].

« Empressée de provoquer et recueillir toutes les observations qui pouvaient contribuer à l'amélioration d'un travail aussi important, la haute commission en publia d'abord une deuxième édition précédée d'un exposé des motifs sous la forme de rapport au roi, en date du 3 mars 1860; puis l'année suivante une nouvelle et troisième édition en deux volumes, l'un consacré à l'exposé des motifs de ce projet de Code et l'autre au texte des dispositions de ce projet [2].

« Dans cette édition, le cadre de ce projet de Code comprend un titre préliminaire suivi de trois livres, l'un sur la criminalité et la pénalité en général; l'autre sur les crimes et délits en particulier et le troisième enfin sur les contraventions. Chaque livre se divise en différentes parties et chaque partie en différents chapitres. Ce projet de Code se compose de 309 articles.

« Le rapport de la commission rédigé par le savant Maria Jordão, est accompagné d'un appendice, contenant sous le titre de documents, d'abord les opinions de différents criminalistes étrangers sur ce projet de Code, ensuite quelques relevés statistiques sur le nombre des exécutions capitales en Portugal. Cette troisième édition de projet de Code pénal ne paraît pas avoir été soumise aux Cortès; mais elle n'en con-

[1] M. Lévy-Maria Jordão.

[2] *Codigo penal Portuguez*,—tomo I, *Relatorio da commissão*; —tomo II *Projecto da Commissão*. Cette troisième édition se trouve à la bibliothèque de l'Institut, qui la doit à M. Bonneville de Marsangy, conseiller à la Cour impériale de Paris.

Digitized by Google

serve pas moins une véritable valeur scientifique, et il est d'ailleurs instructif et intéressant de suivre les élaborations successives de ce travail de la haute commission.

« C'est une quatrième édition, où paraissent avoir été profondément modifiées les dispositions des trois précédentes, qui constitue le projet de Code définitivement soumis aux Cortès en 1864, et dont plusieurs parties semblent avoir été depuis cette époque l'objet des discussions législatives.

« La plus considérable de ces modifications est la proposition d'abolition de la peine de mort. Les doctrines erronées selon nous, sur lesquelles la commission fondait le droit de punir, ne pouvaient la conduire aux principes de l'abolition de la peine de mort. Aussi l'exposé des motifs du premier projet affirmait-il la légitimité de la peine de mort, tout en restreignant son application à l'homicide qualifié. La commisson eût été inconséquente si, dans les deux révisions successives de ce projet primitif, elle n'eût pas persévéré dans sa résolution, car elle ne pouvait changer de conviction qu'en changeant de doctrine.

« Rien donc ne présageait dans ce travail de la commission, au nom de la philosophie du droit pénal, une loi abolitive de la peine de mort. C'était par une autre voie que cette grande réforme devait s'accomplir.

« De temps immémorial en Portugal le juge forcé de signer un arrêt de mort, brisait la plume dont il s'était servi : « Le peuple lusitanien, dit M. Bonneville de Marsangy, a une horreur ancienne et instinctive de la peine de mort. Autant son esprit est vif et intelligent, autant son caractère doux, humain, chevaleresque répugne à tous actes de violence et de force brutale [1]. » La commission avait constaté l'état des mœurs en Portugal, en s'abstenant d'édicter aucune disposition pénale contre le duel, par la raison, disait-elle, que les duels dans ce pays étaient depuis longtemps inconnus. Les combats de taureaux avaient dû disparaître depuis une date fort reculée, sous l'influence des mœurs qui repoussaient ces sanguinaires exhibitions. La reine doña Maria II, dans le cours de son règne, s'était abstenue d'envoyer aucune femme

[1] *De l'amélioration de la loi criminelle*, p. 500.

Digitized by Google

à l'échafaud, et, à partir de 1847, elle ne voulut permettre, pour les condamnés des deux sexes, aucune exécution capitale.

« Cette tradition, si conforme aux sentiments généreux de don Pedro V, n'avait pu être que religieusement suivie par ce prince éclairé. L'opportunité de l'abolition de la peine de mort semblait déjà à l'esprit progressif de son successeur don Louis Ier, suffisamment justifiée par l'autorité de cette tradition, lorsque son sentiment personnel fut confirmé par une manifestation éclatante du sentiment public.

« En 1863, la Chambre des députés saisit l'occasion que lui présentait la discussion du budget de la justice, pour protester contre le maintien de la peine de mort, en supprimant le traitement du bourreau. C'est alors que sous cette influence décisive des vœux du prince et du pays, le projet de Code pénal dut subir une quatrième révision précitée; c'était la plus considérable et la plus importante, en ce qu'elle devait entraîner le remaniement nécessaire dans l'échelle des pénalités, pour arriver à la consécration de l'abolition de la peine de mort. Cette peine fut remplacée par la prison cellulaire perpétuelle du premier degré [1].

« Toutefois on pensa qu'une réforme aussi grave que celle de l'abolition de la peine de mort devait obtenir préalablement la sanction législative, en raison de l'influence qu'elle était appelée à exercer sur l'économie générale du nouveau Code pénal, et afin que l'on pût se livrer avec certitude au travail considérable qui devait en résulter. Tel est le but dans lequel fut présenté le 1er mars 1867 le projet de loi abolitif de la peine de mort en matière civile à la Chambre des députés, qui le vota en juin à la majorité de 98 voix contre 2 : il fut ensuite voté en juillet à l'unanimité par le Sénat.

« Le gouvernement fit alors brûler en place publique, les instruments de supplice, relégués depuis si longtemps sans emploi dans les magasins du ministère de la marine. En effet,

[1] Nous avons dans notre ouvrage *sur le système pénal et la peine de mort* en 1827, et constamment depuis, désigné l'emprisonnement cellulaire en remplacement de la peine de mort. Voir *Observations à l'Académie sur la peine de mort*, à l'occasion du Code pénal belge, séance du 16 mars 1867, p. 21.

Digitized by Google

depuis 1847, vingt années s'étaient écoulées sans exécution capitale [1].

« Ici se termine le résumé historique qui devait précéder l'examen de la réforme abolitive de la peine de mort en Portugal, décrétée par la loi de juillet 1867 [2].

« *Appréciation de la loi abolitive de la peine de mort au point de vue historique.* — En face de ce résumé historique dont l'abolition de la peine de mort est le mémorable dénoûment, nous ne concevrions pas qu'on pût trouver, dans l'histoire pénale et politique du Portugal, des circonstances particulières, et de nature à ne pas permettre d'offrir à l'imitation d'autres pays civilisés l'exemple de ce gouvernement.

« Nous avons montré que le droit pénal en Portugal, né des coutumes primitives et du droit romain, germanique, canonique et féodal, avait eu les mêmes origines que dans les autres contrées de l'Europe; nous avons vu qu'il y avait suivi les mêmes transformations, et qu'ainsi son développement historique offre les plus frappantes analogies avec la manière dont il s'est produit chez le plus grand nombre des autres nations européennes.

« Il n'y a donc pas de raisons pour que le développement historique ne puisse et ne doive pas aboutir ailleurs à la même et heureuse conséquence de l'abolition de la peine de mort. Nous ne voyons pas davantage les motifs qui autoriseraient à repousser cette conséquence, en invoquant l'histoire du Portugal, sous l'influence de laquelle s'est établi son droit pénal. Assurément il n'est guère de peuples dont la vie ait été agitée par autant de vicissitudes politiques, et qui ait éprouvé sous ce rapport, ainsi que nous l'avons vu, des obstacles plus graves et plus prolongés au perfectionnement de sa législation criminelle.

[1] Ce fait a été officiellement reconnu et déclaré dans les deux Chambres des pairs et des députés de Portugal; mais il est d'ailleurs constaté par les documents statistiques que j'ai dus à l'obligeance de M. E. de Vorges, premier secrétaire de la légation de France en Portugal, dont le talent est connu de l'Académie, qui a couronné un ouvrage remarquable de cet écrivain distingué.

[2] Je dois mentionner ici combien la collaboration de M. Charles Lucas, mon fils, docteur en droit de la Faculté de Paris, m'a été utile pour les recherches et les appréciations historiques de ce travail.

Digitized by Google

« Il y a un utile enseignement à recueillir de cette abolition de la peine de mort en Portugal.

« *Influence des mœurs sur les lois.*—On répète souvent que la peine de mort a jeté de profondes racines dans les instincts populaires; que le peuple demande que celui qui tue soit tué; et que l'abolition de la peine de mort blesserait chez lui le sentiment de la justice, telle que ses idées la conçoivent et ses mœurs la réclament.

« Il est incontestable qu'après avoir vécu pendant tant de siècles sous l'empire du talion, de ses principes de vengeance et de ses raffinements de cruauté, le véritable sentiment de la justice a été profondément dépravé chez le peuple. Mais est-ce à dire que la conscience du peuple, éternellement enchaînée aux révoltantes doctrines et aux cruelles pratiques du talion, soit désormais inaccessible à la conception de la justice, telle qu'elle nous est enseignée par les principes de la civilisation chrétienne?

« Il est bien certain que si l'on ne veut pas lever l'ancre, le navire ne peut sortir du port; il est bien certain que si au lieu de briser les liens qui rattachent le peuple au talion, on ne songe qu'à les respecter et à les entretenir, en continuant à faire fonctionner le bourreau sous ses yeux en place publique, et à perpétuer ainsi les instincts de la cruauté et les traditions sanguinaires de la vengeance, la conscience du peuple ne pourra que bien difficilement et bien tardivement réagir contre cette pression séculaire qu'elle subit. Mais aussitôt qu'elle n'est plus sous le joug et qu'elle se sent quelque liberté de suivre ses inspirations, voyez avec quel élan la conscience du peuple prend son généreux essor vers la civilisation chrétienne, pour obéir à ses nobles et pures aspirations.

« La Toscane nous en avait déjà donné un frappant exemple, lorsque sans le moindre incident dans la criminalité et par le seul effet des réactions politiques, on vint brusquement interrompre la réforme abolitive de la peine de mort, dont ce pays avait fait depuis plusieurs années l'heureuse expérience. On vit se soulever les énergiques réclamations de la conscience populaire, et il fallut renoncer à relever en place publique cet échafaud qu'on avait rétabli dans la loi.

« Le même fait se reproduit d'une manière plus saisissante encore en Portugal. La réforme abolitive avait été puisam-

Digitized by Google

ment secondée en Toscane par l'examen de l'esprit philosophique, qui s'était généralement prononcé contre la légitimité de la peine de mort. Il n'en avait pas été ainsi, comme nous l'avons vu, en Portugal où les jurisconsultes et les publicistes avaient défendu au contraire la légitimité de cette peine. Mais un jour, une reine, répugnant à l'idée d'envoyer une femme à l'échafaud, prend l'énergique résolution d'y renoncer. Au bout d'un certain temps elle se dit que ce serait blesser le sentiment de la justice, de ne pas étendre cette même résolution aux hommes condamnés à la peine capitale. La tradition se continue sous ses successeurs. Alors qu'arrive-il? La véritable idée de la justice, l'idée chrétienne a pénétré dans les sentiments populaires et effacé successivement l'idée païenne de la vengeance et du talion. La suppression prolongée des exécutions sanguinaires a réveillé chez le peuple les inspirations de l'humanité, et le jour où don Louis Ier promulgua l'abolition de l'échafaud, il était aboli de fait, par l'influence des mœurs publiques qui ne pouvaient plus permettre désormais de le relever. A l'idée d'une exécution à mort on verrait se reproduire en Portugal, avec une nouvelle énergie, ce qui se passait en Toscane sous la seule impression produite par une condamnation capitale qui faisait craindre qu'elle ne fût suivie d'exécution. Le peuple se portait en foule dans les églises pour adresser ses prières à Dieu, tandis que par l'organe des fonctionnaires municipaux de la ville de Florence, il suppliait le Grand-Duc d'épargner à cette cité l'horreur d'un meurtre juridique.

« L'abolition de la peine de mort en Portugal a donc été le résultat de l'heureuse réaction des mœurs sur les lois, préparée et déterminée par le généreux usage que doña Maria II et ses successeurs firent du droit de grâce.

« *Influence du droit de grâce.* — On dira sans doute que c'est là un usage inconstitutionnel. Mais quand on veut maintenir indéfiniment dans la législation criminelle une peine qui fait violence aux mœurs de notre époque et aux principes de notre civilisation, la réforme qui ne peut s'accomplir par ses voies naturelles, se fraye par la force des choses des issues plus ou moins régulières, et mieux vaut encore l'inconstitutionnalité de l'exercice du droit de grâce que l'omnipotence du jury.

Digitized by Google

« Il nous reste à considérer dans une seconde lecture la valeur que peut avoir la réforme portugaise, comme autorité d'un précédent. Il y aura à examiner quelles sont, parmi les conditions essentielles pour l'accomplissement normal de la réforme abolitive de la peine de mort, déjà indiquées dans nos communications antérieures, celles qui ont été remplies en Portugal et celles qui y sont encore à réaliser.

« Nous aurons aussi à revenir sur ce fait, déjà signalé dans cette lecture comme un trait caractéristique de la réforme portugaise, qui s'est accomplie par la réaction des mœurs, non-seulement contre les lois, mais encore contre les doctrines philosophiques généralement professées par les principaux criminalistes de ce pays, en faveur de la légitimité de la peine de mort. Nous reconnaissons et honorons leur talent, mais nous devrons nécessairement démontrer l'erreur de leurs doctrines qui dénaturent l'esprit du christianisme par celui du talion, dont elles imposent à nos Codes perfectionnés la dernière et sanglante tradition.

« Il importe que la réforme abolitive de la peine de mort en Portugal, pour obtenir les garanties de la durée au dedans et de l'influence au dehors, ne se présente pas comme un heureux accident purement local, mais comme l'expression significative des véritables principes de la civilisation chrétienne sur les fondements du droit de punir, et sur le respect de la vie humaine que, sauf le cas de légitime défense, commandent la personnalité de l'homme, la dignité de sa nature et la responsabilité de sa destinée. C'est la véritable planche de salut pour cette réforme qui, dans son cours au milieu des événements de l'histoire européenne, doit s'attendre à être longtemps encore ballottée par les vicissitudes politiques et l'agitation des flots révolutionnaires. »

Le rapport de M. Lucas qu'on vient de lire, avait été fait à la séance du 18 avril 1868. M. Lucas a expliqué dans les termes suivants, à la séance du 20 février 1869, les raisons qui lui conseillaient de ne pas donner suite en ce moment à l'intention qu'il avait annoncée, d'examiner la réforme abolitive de la peine de mort en Portugal, sous le rapport de l'autorité qu'elle pouvait obtenir comme précédent, et de l'influence qu'elle pouvait être appelée à exercer.

« Nous ne saurions encore, dit-il, être en mesure de sou-

Digitized by Google

mettre à l'Académie l'examen qui devait faire l'objet de notre seconde lecture, par un double motif : d'abord des informations nous restent encore à recueillir; ensuite bien des événements sont survenus depuis avril 1868 dans la péninsule ibérique. Ce n'est pas le moment de se livrer à de solides appréciations. Mieux vaut quant à présent laisser la parole aux événements.

« Toutefois nous ne voudrions pas qu'on pût donner une interprétation erronée à cette réserve, qui ne nous est inspirée que par une sage circonspection. Depuis deux ans bientôt qu'il a proclamé l'abolition de la peine de mort, le Portugal n'a vu se produire au dedans aucun incident qui puisse lui faire regretter l'adoption de cette réforme. Quant au dehors, en ne se montrant aucunement ébranlée par la révolution espagnole qui éclatait à Cadix, la réforme abolitive de la peine de mort en Portugal a fait preuve de vitalité. Il y a plus, elle a évidemment exercé sur la révolution espagnole une influence dont il serait injuste de ne pas lui tenir compte.

« Lorsque la junte de Cadix a proclamé le principe de l'abolition de la peine de mort, et qu'ensuite les juntes de Séville et de Madrid ont suivi son exemple, il est évident que la révolution espagnole s'inspirait de l'autorité du précédent réalisé en Portugal, qui lui paraissait avec raison d'une grande valeur. C'est là, selon nous, un service signalé, rendu par le Portugal à la cause de l'humanité.

« Nous ne croyons pas assurément que ce soit par l'action révolutionnaire que doive s'étendre et s'affermir dans le monde la réforme abolitive de la peine de mort : cette réforme, née de l'esprit du christianisme, doit attendre du développement pacifique de la raison publique et de l'adoucissement progressif des mœurs, ses meilleures espérances, et de la stabilité de l'ordre social, ses plus sûres garanties. Mais nous ne saurions concevoir et partager les appréhensions de ceux qui s'alarment en voyant le principe de l'abolition de la peine de mort s'inscrire dans les programmes révolutionnaires. La proclamation du respect de la vie de l'homme, hors le cas de légitime défense, nous semble au contraire un symptôme rassurant contre les sanglants excès qu'entraînent trop souvent les révolutions.

« Si jusqu'à ce jour la révolution espagnole n'a nulle part

Digitized by Google

dressé l'échafaud politique, il ne faut pas sans doute méconnaître le mérite qui en revient aux chefs de cette révolution ; mais il faut aussi, dans une certaine mesure, en faire honneur à l'influence que la réforme abolitive de la peine de mort en Portugal a exercée sur l'esprit de la nation espagnole, trop chevaleresque pour ne pas entrer dans ces voies de civilisation chrétienne où le Portugal l'avait déjà devancée.

« Ce n'est pas néanmoins que nous osions espérer une prochaine résolution de l'assemblée constituante des Cortès, d'imiter l'exemple du Portugal. Nous ne pensons pas que le mouvement abolitif de la peine de mort ait fait en Espagne d'aussi rapides progrès que le mouvement révolutionnaire. Bien des adversaires de la suppression de la peine de mort ne manqueront pas d'opposer à ceux qui invoqueraient le précédent du Portugal la différence des situations. Ils diront sans doute qu'en Portugal l'adoucissement des lois a été préparé par celui des mœurs, et que depuis longtemps le peuple portugais avait supprimé les sanglantes arènes des combats de taureaux, et n'avait plus sous les yeux le spectacle public des meurtres légaux, exécutés par le bourreau.

« Si ces raisons devaient prévaloir au sein de l'assemblée constituante des Cortès, le principe de la réforme de l'abolition de la peine de mort en Portugal n'aurait pas moins rendu un grand service à l'Espagne : d'abord celui de lui avoir donné un paratonnerre pour traverser les orages de la révolution, et celui ensuite d'avertir cette généreuse nation qu'elle doit activement travailler à préparer le perfectionnement de ses lois pénales par celui de ses mœurs, afin d'accomplir cette grande réforme, pour laquelle elle témoigne de nobles aspirations. »

De la marche probable de l'abolition de la peine de mort dans les divers États de l'Europe.

M. Ch. Lucas a soumis à l'Académie des sciences morales et politiques un rapport sur les travaux de Mittermaier relatifs au droit pénal et à la peine de mort, et il a, à cette occasion, communiqué à l'Académie quelques fragments de lettres qui lui avaient été écrites par ce savant criminaliste.

Nous citerons ici une lettre de M. Ch. Lucas du 31 juillet

Digitized by Google

1867, dans laquelle, en réponse à Mittermaier, il exprimait à ce savant criminaliste ses prévisions sur la marche probable de l'abolition de la peine de mort dans les divers pays de l'Europe. Ces prédictions sont de nature à intéresser les adversaires aussi bien que les partisans de l'abolition de la peine de mort, car elles permettent aux uns comme aux autres, les appréciations et le contrôle de l'avenir : il faut reconnaître, du reste, qu'en 1868 elles ont commencé à se réaliser par l'abolition de droit de la peine de mort en Saxe, et son abolition de fait en Suède.

« La Rongère (près Bourges), 31 juillet 1867.

« Mon cher et excellent Ami,

« J'aurais dû depuis bien longtemps vous remercier de la lettre si intéressante, dans laquelle vous m'annoncez combien vous avec recueilli d'utiles renseignements et de sérieux résultats, par suite des recherches que vous poursuivez depuis 1862 en Europe et aux États-Unis, pour y constater les progrès du mouvement abolitioniste de la peine de mort. Mon retard s'explique par l'importance de votre communication et par le besoin que j'avais d'y réfléchir, et vous trouverez dans cette longue lettre mes impressions et mes appréciations.

« J'admire votre infatigable activité pour le succès de cette réforme abolitive de la peine de mort, à laquelle nous nous sommes promis de consacrer les dernières années que la Providence pouvait nous réserver encore. Vous tenez noblement votre promesse. Combien il me tarde que vous ayez eu le temps de coordonner tous ces utiles matériaux et de les publier ! Vous avez bien raison d'être persuadé qu'ils me seront très-précieux pour mes communications successives à l'Institut, sur l'état actuel de la question de la peine de mort dans les divers pays de l'Europe.

« Vous m'avez fait grand plaisir en me donnant un rapide aperçu de vos appréciations, et je vous dirai en toute sincérité ce que j'en pense.

« Je crois comme vous que ce n'est pas de l'Angleterre que le mouvement abolitioniste doit attendre des résultats prochains et significatifs, malgré les hommes éminents que le

Digitized by Google

mouvement abolitioniste en Angleterre compte dans ses rangs, et à la tête desquels il faut citer lord John Russel et John Bright. Notre réforme a trop à lutter dans ce pays contre la puissance des traditions et l'empreinte des vieilles pénalités.

« Quant à la France que vous aimez et qui vous le rend bien, vous me paraissez porté tantôt à en trop espérer, tantôt à en trop désespérer par rapport à l'abolition de la peine de mort. Un homme d'État éminent, dont j'étais loin de prévoir la destinée, au moment où le comte de Sellon [1], son oncle, me l'adressait à Paris pour lui donner quelques conseils sur les cours scientifiques et littéraires qu'il devait y suivre, M. de Cavour, me disait en 1856 : « Ce n'est pas la France qui donnera jamais la première, parmi les grands États de l'Europe, l'exemple de l'abolition de la peine de mort, parce qu'en France, ajoutait-il, il est plus difficile peut-être de faire une réforme qu'une révolution. » Cette opinion était singulièrement exagérée; mais il est certain, mon cher ami, que l'esprit français est plus prompt à concevoir qu'à réaliser. L'idée civilisatrice part presque toujours de la France, mais il faut qu'elle lui revienne ensuite, façonnée pour l'exécution. La France a donné dans ce siècle l'impulsion au mouvement abolitioniste en Europe. Elle a fait son œuvre d'initiative; maintenant elle attend que l'idée lui revienne fécondée par l'exécution, et alors elle fera son œuvre d'imitation et de perfectionnement. Croyez bien que ce que je vous dis est la vérité, et n'en voulez pas trop à la France de ce que vous appelez son apathie actuelle pour le mouvement abolitioniste. Soyez aussi moins sévère pour notre Sénat, qui ne mérite pas les reproches que vous adressez à ce que vous appelez encore son esprit retardataire. Le récent et remarquable rapport de M. le vicomte de la Guéronnière, que vous connaîtrez bientôt, est celui d'un esprit progressif, qui, s'il croit la suppression de la peine de mort encore prématurée, du moins la désire et la glorifie dans l'avenir. Je ne puis contester en fait que le Sénat ne soit, comme vous le dites, la seule assemblée législative en Europe où la réforme abolitive de la peine de mort ne compte aucun représentant. Mais croyez bien qu'il en surgirait parmi les membres de cette

[1] Fondateur du concours de Genève sur l'abolition de la peine de mort.

Digitized by Google

noble assemblée, qui renferme les plus grandes illustrations de notre pays, le jour où la réforme s'y présenterait appuyée sur le précédent d'un grand État de l'Europe.

« Je me réjouis autant que vous de l'abolition de la peine de mort, que vient de proclamer le Portugal, et que vous aviez si bien pressentie.

« C'est une victoire des mœurs sur les lois qui a une grande valeur. Mais la réforme abolitive de la peine de mort ne recevra pas encore de ce côté une grande force d'extension. L'Espagne possède assurément des publicistes et des criminalistes, amis du progrès et d'un grand savoir, et cette nation, par son caractère chevaleresque et ses mœurs religieuses, est destinée à réaliser un jour cette réforme de civilisation chrétienne; mais elle ne me semble pas préparée en ce moment à l'imitation du précédent portugais.

« Je crois, mon cher ami, que les meilleures espérances de la réforme doivent se porter vers le Nord. Là se rencontre la Suède qui est sérieusement engagée dans le mouvement abolitioniste, puis en Allemagne, la Confédération du Nord, où la tendance des esprits s'accentue de plus en plus en faveur de la suppression de la peine de mort. Vous récoltez ce que vous avez semé. J'ai grand espoir dans la Saxe, dont le peuple est enclin à cette réforme, et dont le roi en est un partisan très-éclairé et très-convaincu. Pour peu que la Saxe donne l'exemple, elle sera suivie par la Prusse, et par conséquent par la Confédération du Nord tout entière.

« La Prusse compromettrait l'ascendant moral qu'elle a besoin de conserver si, au lieu de marcher en tête des progrès de la civilisation allemande, elle lui imprimait une impulsion rétrograde dans le développement de cette réforme, qui ne tient pas seulement à l'ordre pénal, mais encore à l'ordre moral et social.

« Viennent ensuite les États du Sud, où le terrain pour la suppression de la peine de mort est préparé comme dans toute l'Allemagne, par d'éminents jurisconsultes. La Bavière et le Wurtemberg ont, vous le savez mieux que moi, des sympathies prononcées pour le mouvement abolitioniste, et le grand-duché de Bade s'est toujours ressenti de l'influence que vous exercez sur le perfectionnement du droit pénal.

Digitized by Google

« Mes regards s'arrêtent aussi sur l'Autriche. N'y a-t-il pas là un souverain éclairé qui, après avoir réalisé tant de réformes libérales, doit être porté vers celle de l'abolition de la peine de mort par l'exemple de ses aïeux et ses inclinations personnelles. J'ai lieu de croire, et vous me l'avez dit vous-même, qu'il y a en Autriche des dispositions assez favorables à l'abolition de la peine de mort; j'ai besoin de recueillir de plus amples informations à cet égard.

« Il faut absolument, mon cher ami, pour le succès définitif de la réforme, qu'un grand État en Europe vienne suivre l'exemple d'abolition de la peine de mort, déjà donné par quelques petits États. L'initiative, ce me semble, doit venir de la Confédération du Nord ou de l'Autriche. Il serait glorieux pour la maison des Hapsbourgs qu'on pût écrire dans l'histoire de l'humanité, qu'après avoir donné en Toscane dans le XVIII^e^ siècle la première impulsion de l'abolition de la peine de mort aux petits États, c'est elle encore qui, au XIX^e^ siècle, vient donner aux grands États cette impulsion civilisatrice.

« Je ne sais pas, mon cher ami, les secrets de la Providence, mais il me semble que le mouvement abolitioniste se dessine d'une manière nette et normale.

« Des petits États il pénétrera par la Suède dans les États secondaires et arrivera, par la Confédération de l'Allemagne du Nord ou par l'Autriche, aux grands États.

« Je ne vous ai pas parlé de la Belgique qui a été si utile au mouvement abolitioniste; ni de l'Italie qui doit inspirer à la réforme abolitive de la peine de mort tant de reconnaissance pour le passé et tant de confiance pour l'avenir; ni de la Confédération suisse où il n'a pas été sans résultats; ni de la Hollande et du Danemark où il compte dans ses rangs des hommes influents par l'autorité de leur savoir, et quelques-uns même par l'élévation de leur position sociale.

« J'avais besoin, mon cher ami, de vous dire tout cela, pour vous faire bien comprendre la marche que je dois suivre dans mes communications à l'Institut, sur l'état actuel de la question de la peine de mort dans les divers pays de l'Europe.

« Vous connaissez mes communications sur la Belgique. Les autres seront successivement consacrées à la Suède, au Portugal, à la Confédération du Nord en général et à la Saxe

Digitized by Google

en particulier ; aux États du Sud de l'Allemagne, puis à l'Autriche, à la Confédération suisse, à l'Italie, à l'Angleterre, à la Hollande et au Danemark, enfin à la France.

« Je ne vous ai pas parlé de la Russie, parce qu'avec l'immensité de son territoire, les différents éléments de sa population, la variété de ses climats, c'est plus qu'un pays, c'est un monde à part que je n'ai pas eu le temps d'étudier.

« Je ne vous parle pas non plus des États-Unis. Je m'en tiens au proverbe : « Qui trop embrasse mal étreint. » J'ai bien assez de la tâche que je me suis imposée, de constater et de suivre la marche de la réforme abolitioniste en Europe.

« Voilà, mon cher ami, mon programme, ou si vous voulez, mon rêve sur la marche présumée en Europe de la réforme abolitive de la peine de mort.

« Dieu nous accordera-t-il le temps de le voir, en partie du moins, se réaliser? C'est beaucoup lui demander peut-être, car il ne faut pas oublier que nous sommes les deux doyens de cette réforme, vous par rang d'âge, moi par rang d'ancienneté de services, puisque mes services abolitionistes datent de 1827 et les vôtres, je crois, de 1847. Cependant au train dont marche le mouvement abolitioniste, nous pouvons espérer de voir bien des choses et bien des progrès s'accomplir.

« Il me reste, mon cher ami, avant de terminer cette longue lettre, une chose encore à vous dire, et en quelque sorte une prière à vous adresser. Partout notre voix est assez écoutée dans tous les rangs de l'opinion abolitioniste : profitons-en afin d'établir entre nous une bonne entente, pour un résultat bien important à obtenir. Vous savez ce que fut le mouvement abolitioniste jusqu'en 1826; une réforme qui, enrôlée sous la double bannière de l'école utilitaire et de l'école révolutionnaire, n'avait d'autre règle que la foi dans ce prétendu dogme de la nécessité, dont il était toujours si facile d'invoquer le prétexte et de fausser l'application; une réforme qui, ne s'appuyant ainsi sur aucun principe philosophique, était frappée d'impuissance et de stérilité dans l'ordre moral, et qui, s'annonçant dans l'ordre social comme un progrès des sentiments d'humanité, était logiquement condamnée à trahir impitoyablement ses promesses, en se laissant entraîner par la violence des passions politiques, jusqu'à

Digitized by Google

établir en 1793 l'échafaud en permanence. Qu'auraient répondu Bentham et Beccaria lui-même aux révolutionnaires, qui se déclaraient comme eux partisans de l'abolition de la peine de mort, mais qui, au nom de la nécessité, dont ils se croyaient les meilleurs juges, ajournaient à la paix l'opportunité de cette abolition?

« Il fallait faire entrer cette réforme dans une autre voie, où plus tard vos efforts vinrent se réunir aux miens pour l'y retenir. Cette voie nouvelle était celle de l'esprit du christianisme, de ce spiritualisme sublime dont la philosophie du XIX^e^ siècle doit s'inspirer, parce qu'il proclame la personnalité de l'homme, la dignité de sa nature et la responsabilité de sa destinée.

« Des deux principes fondamentaux pour la réforme abolitive de la peine de mort, que je me suis efforcé de faire prévaloir dans tous mes écrits depuis 1827, l'idée pénitentiaire et l'inviolabilité de la vie de l'homme hors le cas de légitime défense, le premier est consacré aujourd'hui par un assentiment général, et vous y avez puissamment contribué, quand on a vu l'ancien secrétaire du célèbre Fuerbach démontrer les exagérations de son école, sur la vertu préventive et répressive de l'intimidation. Mais on ne saurait contester que si le second principe a gagné du terrain dans l'école utilitaire, celle-ci est loin d'y être encore complétement ralliée.

« L'école utilitaire présente encore sur trop de points une sorte de camp retranché, où elle semble s'isoler de l'école spiritualiste et méconnaître l'indispensable nécessité d'une alliance, afin d'effacer la peine de mort de nos Codes, non plus seulement en vertu d'une appréciation historique qui peut changer, mais en vertu de principes philosophiques qui ne changent pas. L'abolition de la peine de mort ne deviendra irrévocable que du jour où elle sera proclamée au nom du juste aussi bien qu'au nom de l'utile. L'école utilitaire se ferait d'ailleurs une étrange illusion en croyant qu'elle peut se constituer une existence indépendante et isolée. En refusant de s'allier à l'école spiritualiste, elle reste fatalement liée, quoi qu'elle dise et quoi qu'elle fasse, à l'école révolutionnaire, car elle a le même dogme, le même criterium, celui de la nécessité.

« Personne n'apprécie mieux que moi les services rendus

Digitized by Google

par l'école utilitaire à la réforme abolitive de la peine de mort, et ceux qu'elle est appelée à lui rendre encore. N'ai-je pas montré, à l'apparition du premier compte rendu de la justice criminelle en France, l'utilité à retirer de ces relevés statistiques pour l'étude du mouvement de la criminalité? L'école spiritualiste serait insuffisante sans l'appui de la méthode d'observation, dont dispose l'école utilitaire. L'union seule fait leur force.

« C'est cette union, mon cher ami, qu'il nous faut prêcher et obtenir. Autrement, livrée à toutes les vicissitudes politiques, la réforme abolitioniste vivra, au jour le jour, à la merci de la succession des événements, et de leur influence sur la mobilité des jugements humains, aujourd'hui pour la suppression de la peine de mort, demain pour son maintien ou son rétablissement. Donnez-moi toute votre aide et assistance pour l'union des deux écoles utilitaire et spiritualiste, et le succès est certain, du moment où elles n'auront en fait et en principe qu'une seule et même bannière, celle de la civilisation chrétienne, sous laquelle elles feront appel au généreux concours de tous les esprits élevés, qui, sans acception de nuances politiques, veulent avant tout le perfectionnement moral de l'humanité.

« Que Dieu vous conserve, mon cher ami, et prolonge une existence si chère à la science et à tous ceux qui, ainsi que moi, vous apprécient et vous aiment comme vous méritez de l'être. « CH. LUCAS. »

ÉTUDE SUR LES DONATIONS A CAUSE DE MORT.

Par M. Ernest GLASSON, agrégé à la Faculté de droit de Paris.

(*Suite* [1].)

38. De même qu'il ne faut pas dire d'une manière absolue que la donation à cause de mort est toujours un acte unilatéral, de même on ne doit pas poser comme principe que cette libéralité constitue toujours un acte bilatéral et exige

[1] V. *Revue*, t. XXXIV, p. 312, 422, 498 et 552.

Digitized by Google

nécessairement le concours de deux volontés, celle du donateur et celle du donataire. Le contraire est pourtant enseigné par un certain nombre d'auteurs anciens et modernes [1]. Mais les textes que l'on cite à l'appui de cette opinion n'ont pas la portée qu'on veut leur donner : les uns sont étrangers à la question, les autres parlent à la vérité de donations à cause de mort qui supposent le concours de deux volontés, mais ils ne font pas de ce concours une condition essentielle et n'excluent pas les donations purement unilatérales de la part du donateur.

Le texte principal de cette opinion, c'est la L. 38, h. t.

Marcellus, L. 38, h. t. : « Inter mortis causâ donationem et omnia quæ « mortis causâ quis ceperit, est earum rerum differentia; nam mortis causa « donatur, quod *præsens præsenti dat*, at mortis causa capi intelligitur et « quod non cadit in speciem donationis. Etenim quum testamento quis « suo Pamphilum, servum suum, liberum esse jussit, si mihi decem de- « derit, nihil mihi donasse videbitur, et tamen si accepero a servo decem, « mortis causa accepisse me convenit. Idem accidit, quod quis sit heres « institutus, si mihi decem dederit, nam accipiendo ab eo, qui heres insti- « tutus est, conditionis explendæ ejus causa, mortis causa capio. »

Toute l'argumentation repose sur les mots *præsens præsenti dat*. Sans doute, on ne prétend pas que la donation exige la présence des deux parties [2], car des textes précis nous apprennent que la donation peut intervenir entre absents (cpr. *Frag. Vat.*, § 282; L. 10, L. 13, *De Donationibus*, 39, 5); mais on dit que cette formule signifie que « la donation à cause de mort s'opère par le concours de volontés et par un acte accompli entre le donateur et le donataire [3]. » Tel ne paraît pas être cependant le sens exact de cette proposition *præsens præsenti dat*. Si nous voulons savoir comment il faut l'entendre, il nous suffira de nous reporter aux Basiliques où nous lisons :

ἡ θανατου αἰτία δωρεα παρα χρῆμα δίδοται, ἡ δε θανατου αἰτία λῆψις ἐπὶ πληρωσει αἱρέσεως.

Cela veut dire que dans la donation à cause de mort on

[1] Voyez entre autres : Lauterbach, *Collegium theoretico-practicum*, h. t., nr. 6. — Ortolan, II, n° 561.

[2] Cela serait pourtant nécessaire dans la donation qui se ferait sous forme de stipulation.

[3] Ortolan, *loc. cit.*

Digitized by Google

transfère de suite la propriété, tandis que dans la *mortis causa capio*, cette translation a lieu seulement par l'accomplissement de la condition. D'une manière plus précise, dans la donation à cause de mort, on reçoit du vivant de celui qui fait la libéralité, et c'est lui qui fait tradition au donataire; dans la *mortis causa capio*, au contraire, on reçoit d'un tiers *conditionis implendæ causa vel post impletam conditionem*. Que telle ait été la pensée du jurisconsulte, c'est ce que vient aussi confirmer la suite du texte.

On oppose toutefois encore un autre texte qui paraît plus précis.

Javolenus [1], L. 55, *De obligationibus et actionibus*, 44, 7 : « In omnibus « rebus, quæ dominium transferunt, concurrat oportet affectus ex utraque « parte contrahentium : nam sive ea venditio, sive donatio, sive conductio [2], « sive quælibet alia causa contrahendi fuit, nisi animus utriusque con- « sentit, perduci ad effectum id, quod inchoatur, non potest. »

Un principe spécial ressort de ce texte, c'est que pour les translations de propriété et pour les contrats, il faut le consentement des parties entre lesquelles l'acte intervient. Mais on ne saurait conclure de là que la donation (entre-vifs ou a cause de mort, peu importe) soit toujours un acte bilatéral : voudrait-on l'induire de ce que le jurisconsulte cite la donation? Ce serait bien certainement lui attribuer une pensée qu'il n'avait pas. Il est bien plus probable qu'il a voulu dire que dans une translation de propriété, quel que soit le motif qui la détermine, que ce soit une donation, une vente ou un contrat quelconque, il faut, pour qu'elle s'opère, l'intention de l'une des parties de céder sa propriété, et la volonté de l'autre de l'acquérir.

Quant aux autres textes que l'on a encore invoqués dans ce système, nous n'hésitons pas à dire qu'ils n'ont aucun rapport avec la question.

Papinien, L. 75 pr., *De legatis* (II°), 31 : « Miles ad sororem epistolam, « quam post mortem suam aperiri mandavit, talem scripsit : « Scire te volo, « donare me tibi aureos octogentos » ; fideicommissum deberi sorori con- « stitit, nec aliud probandum in cujuslibet suprema voluntate. Placet enim « constiterè fideicommissum, ac si defunctus cum eo loquatur quem pre- « cario remuneratur. »

[1] Haloander porte : Labeo.
[2] Les éditions vulgates ne mettent pas : *conductio*.

Digitized by Google

On prétend que dans l'hypothèse il n'y a pas donation précisément parce que l'échange des consentements ne s'est pas produit, et qu'à défaut de donation, le jurisconsulte admet, par équité, l'existence d'un fidéicommis. Nous ferons d'abord observer qu'il ne s'agit pas dans ce texte d'une donation à cause de mort; mais il est vrai que la question est la même pour les donations entre-vifs. Tout ce qui résulte de ce texte, c'est qu'une donation, nulle comme telle, parce qu'on n'a pas employé les formes nécessaires, peut valoir comme fidéicommis; nous avons vu, en effet, que les fidéicommis ne sont soumis, ni dans l'ancien, ni dans le nouveau droit, à aucune forme essentielle (§ 12, I, *De fideic. hered.*, 2, 23; Const. 32, *De fideic.*, 6, 42). Mais peut-on conclure de là que la donation à cause de mort ne saurait jamais être un acte unilatéral, même quand elle revêt la forme d'un acte qui peut s'accomplir valablement par une seule personne?

Nous répondrons de la même manière au texte suivant.

Papinianus, L. 77, § 26, *De legatis*, 2°: « Donationis prædiorum epis-
« tolam, ignorante filio, mater in æde sacra verbis fideicommissi non sub-
« nixam, deposuit, et litteras tales ad æditum misit. « Instrumentum
« voluntatis meæ post mortem meam filio meo tradi volo; » cum pluribus
« hæredibus intestato diem suum obiisset, intelligi fideicommissum filio
« relictum respondi; non enim quæri oportet, cum quo de supremis quis
« loquatur, sed in quem voluntatis intentio dirigatur. »

Le jurisconsulte se pose dans ce texte une question tout autre que la nôtre : il se demande si une *epistola* peut valoir comme fidéicommis, alors que le défunt n'a pas employé, contrairement à l'habitude, des *verba precativa* et, surtout, ne s'est pas adressé à la personne chargée de ce fidéicommis.

39. Il nous reste maintenant à exposer le système que nous croyons seul exact. D'après nous, la donation à cause de mort n'est pas toujours et nécessairement un acte bilatéral : sans doute, le plus souvent elle suppose le consentement des deux parties, par exemple, quand elle se fait sous forme de *mancipatio*, d'*in jure cessio*, de tradition, de stipulation; mais c'est en réalité parce que ces actes juridiques, dont elle emprunte la forme, exigent cette condition. On doit donc en conclure que si, dans tels cas déterminés, peu nombreux d'ailleurs, la donation à cause de mort peut revêtir la forme d'un acte susceptible d'être valablement fait par une seule

Digitized by Google

personne, elle ne sera pas nulle à cause de cette circonstance que le donataire ne serait pas intervenu. Ainsi, par exemple, on peut faire *mortis causa*, et dans une intention libérale, un payement ou une novation qui libère le débiteur. Ce payement ou cette novation est valable sans l'intervention du donataire, c'est-à-dire du débiteur; et pour quel motif soutiendrait-on qu'il n'y a pas donation à cause de mort, si le donateur a déclaré qu'il faisait le payement ou la novation précisément dans ce but? L'acte n'est-il pas parfaitement valable par lui-même? Ne se prête-t-il pas aux combinaisons éventuelles dont est susceptible la *mortis causa donatio?* Ou bien le donateur meurt le premier et sans avoir changé de volonté : dans ce cas, la donation devient parfaite et les héritiers ne peuvent rien réclamer au donataire; ou bien ce donateur survit au danger, change de volonté, survit au donataire, et dans ces cas il intentera contre le débiteur ou ses héritiers l'*actio negotiorum gestorum* pour obtenir son remboursement.

40. La plupart des auteurs ont donc eu tort en disant, les uns, que la donation à cause de mort est toujours un acte unilatéral; les autres, qu'elle est nécessairement un acte bilatéral : la vérité est qu'elle peut revêtir l'une ou l'autre forme. De même, on ne peut pas non plus résoudre d'une manière absolue cette autre question de savoir si la donation à cause de mort est *juris civilis* ou *juris gentium?* Sous la forme d'une *mancipatio* ou d'une *cessio in jure*, elle est évidemment *juris civilis;* mais quand on recourt à la simple tradition ou à la stipulation, on fait un acte *juris gentium.* Dans son origine, la *mortis causa donatio* paraît être *juris gentium*, en ce sens que ce n'est pas une institution propre aux Romains, mais empruntée par les Romains aux Grecs.

Section II. — *Innovations de Justinien.*

41. Notions préliminaires. — 42. Questions soulevées par la Const. 4, *De mortis causa donationibus*, 8, 57.— 43. Dans cette Constitution Justinien a-t-il supprimé d'une manière absolue la nécessité de l'insinuation pour les donations à cause de mort? — 44. Toutes les donations à cause de mort sont-elles soumises à la formalité établie par la Const. 4 citée et consistant dans la présence de cinq témoins? — 45. Justinien a-t-il créé dans cette Const. 4, une formalité nouvelle pour les donations à cause de mort ou a-t-il seulement étendu à ces libéralités ce qui était prescrit déjà pour les codicilles? — 46. Depuis cette Constitution, peut-on, comme

Digitized by Google

l'a enseigné Wening-Ingenheim, faire des donations à cause de mort par testament? — 47. Depuis cette même Constitution faut-il dire que dans les donations à cause de mort la propriété est transférée *solo consensu?* — 48. Quand la donation à cause de mort doit se faire *obligando*, exige-t-on encore sous Justinien la forme de la stipulation? — 49. La donation à cause de mort est-elle devenue un véritable legs depuis la Constitution. 4. Résumé.

41. C'est surtout sous Justinien que la difficulté de notre étude devient encore plus grande. Pour comprendre les controverses qui divisent les romanistes, il importe de remonter un peu dans l'histoire des donation entre-vifs, jusqu'à l'origine de l'insinuation. Cette formalité consistant dans l'inscription de l'acte de donation sur les registres publics du magistrat a été établie par Constance Chlore[1]. Cet empereur en dispensait toutefois les *personæ exceptæ* de l'ancien droit. Constantin abolit cette dispense et soumit tout le monde à la nécessité de l'insinuation (Const. 1, C. Th., *De sponsalibus*, 3, 5; Const. 1, 2, 5, 6, C. Th., *De donat.*, 8, 12). En 428, par une faveur spéciale, les donations *ante nuptias* furent exemptées de cette formalité, toutes les fois qu'elles étaient inférieures à 200 solides (Const. 8, C. Th., *De sponsalibus*, 3, 5). Enfin, par

[1] On ne sait pas au juste dans quel but l'insinuation a été exigée. Certains auteurs, et à leur tête il faut citer M. de Savigny, pensent que cette formalité a pour objet de rendre les donations moins fréquentes; elle aurait sa source dans la loi Cincia et on l'aurait introduite dans l'intérêt du donateur et de ses héritiers. D'autres croient que l'insinuation est une véritable institution de crédit, créée pour faire connaître aux tiers les translations de propriété résultant des donations. Les constitutions relatives à l'insinuation parlent, en effet, de fraudes à empêcher; et, dans le même esprit, Anastase ordonna (Const. 22, *De donat.*, 8, 54) que désormais l'insinuation se fît à Constantinople auprès du *magister census*, pour les donations qui auraient lieu en cette ville. Selon nous, il n'est pas impossible qu'on ait vu dans l'insinuation un moyen de publicité; mais qu'on se soit proposé ce but en créant cette formalité, c'est ce qui paraît difficile à admettre. On exige, en effet, l'insinuation de toutes les donations, même de celles qui n'intéressent pas les tiers, comme les donations de sommes d'argent ou d'autres choses fongibles. En pareil cas, cette formalité ne peut avoir pour objet que de restreindre le nombre de ces libéralités. D'ailleurs ce qui prouve bien qu'à l'origine l'insinuation a été créée dans ce but, c'est qu'on en avait dispensé précisément les *personæ exceptæ* de la loi Cincia. A-t-on atteint le but? C'est là une autre question. Il faut reconnaître pourtant que la nécessité de formalités gênantes peut empêcher certaines donations et surtout donne lieu à l'annulation de celles qui ont été faites sans ces formalités.

Digitized by Google

une première constitution, Justinien dispensa de l'insinuation les donations qui ne dépassaient pas 300 solides (Const. 34, *De donat.*, 8, 54); mais, en 531, Justinien alla plus loin et étendit la dispense à toutes les donations de moins de 500 solides.

Les donations à cause de mort étaient-elles soumises à la nécessité de l'insinuation? Il paraît, d'après ce que nous apprend Justinien, que des difficultés s'étaient élevées entre les jurisconsultes romains. Cela se conçoit : les termes généraux des constitutions relatives à l'insinuation autorisaient quelques jurisconsultes à soutenir qu'il n'y avait pas lieu de distinguer entre les donations ordinaires et les donations à cause de mort. Mais telle ne pouvait être l'opinion des autres jurisconsultes qui voulaient toujours rapprocher la donation à cause de mort du legs; et, à l'appui de cette opinion, on pouvait faire remarquer que les motifs pour lesquels on avait établi l'insinuation étaient spéciaux aux donations entre-vifs; les empereurs s'étaient proposé, comme autrefois la *lex Cincia*, de restreindre le nombre des donations, surtout à cause des dangers qu'elles présentaient à raison de leur irrévocabilité. Or les donations à cause de mort n'étaient pas irrévocables. Cette difficulté, comme on le voit, rentrait dans une autre question, plus large, celle de savoir si dans nos libéralités devait prédominer le caractère de la donation entre-vifs ou celui du legs. Justinien trancha la question par une constitution rendue en l'an 530, sous le consulat de Lampadius et d'Oreste [1]. Cette constitution est ainsi conçue :

Const. 4, *De mortis causâ donationibus*, 8, 57 : « Quum de mortis causa « donatione dubitabatur, et alii quidem inter ultimas voluntates eam po- « suerunt, et legatis aggregandam esse censuerunt, alii autem inter dona- « tiones, quæ inter vivos consistunt, eam posuerunt, dubietate eorum ex- « plosa, sancimus : omnes mortis causa donationes, sive juxta mortem « facientis fuerint celebratæ, sive longiore cogitatione mortis subsecutæ « sunt, actis minime indigere, neque exspectare publicarum personarum « præsentiam et ea quæ super hujusmodi monumentis solent adhiberi. « Sed ita res procedat, ut si, quinque testibus præsentibus, vel in scriptis, « vel sine literarum suppositione aliquis voluerit mortis causa donationem « facere, et sive monumentorum accessione res gesta maneat, firmitate « vallata; et nullam calumniam accipiat, neque propter hoc, quod gesta ei

[1] Cette constitution est donc une des cinquante décisions.

Digitized by Google

« non accesserunt, inefficax esse atque inutilis videatur, et omnes effectus « sortiatur, quos ultimæ habent liberalitates, nec ex quacumque parte ab- « similis eis intelligatur. »

42. Quelles sont, depuis cette constitution, la forme et la nature de la donation à cause de mort? Telle est la question qui résulte de ce texte; mais, ainsi posée, elle est complexe, et, pour l'étudier d'une manière complète et précise à la fois, il nous paraît indispensable de la décomposer en un certain nombre de points. Ainsi nous nous demanderons successivement.

1) Si l'insinuation a été complétement supprimée pour les donations à cause de mort;

2) Si toutes ces donations ont été soumises à la présence de cinq témoins;

3) Si la constitution de Justinien a eu pour objet d'appliquer tout simplement à nos libéralités les règles des codicilles;

4) Si la donation à cause de mort a pu se faire depuis cette époque par testament;

5) Si de notre constitution il résulte que dans la donation à cause de mort la propriété soit désormais tranférée *solo consensu;*

6) Enfin, si la donation à cause de mort est devenue à la suite de ces modifications un acte unilatéral, comme le legs.

Sur tous ces points, de vives discussions se sont élevées, et nous avons préféré les distinguer les unes des autres, parce que certains auteurs, d'accord sous tel rapport, ne le sont pas sous tel autre, et qu'il existe ainsi sur la question posée d'une manière générale, une foule de systèmes dont l'exposition en bloc présenterait de graves inconvénients.

43. 1) Certains auteurs soutiennent que l'insinuation a été complétement supprimée par la constitution de Justinien, pour les donations à cause de mort : on dit à l'appui de cette opinion que l'ensemble du texte de Justinien mène forcément à cette solution; qu'il doit y avoir un rapport intime entre la forme d'un acte et sa nature; or Justinien a donné à la donation à cause de mort la nature du legs, et il ne serait pas logique que pour la forme il eût laissé le choix entre l'insinuation ou la présence de cinq témoins (cpr. Wiederhold, dans le

Digitized by Google

Giesser Zeitschrift., XV, p. 96 et suiv.; Muller, §§ 12 et suiv., *op. cit.*). Cependant la plupart des romanistes préfèrent un second système et enseignent que, malgré la constitution de Justinien, les donateurs ont conservé le choix entre l'insinuation ou la présence de cinq témoins ; cet empereur aurait seulement décidé que le donateur ne serait plus obligé de recourir à la forme gênante de la donation ordinaire, sans toutefois prohiber cette dernière forme (en ce sens : Bulow, *Abhandlungen, ueber einselne Materien des rœm. burg. Rechts*, II; Abhand. 16, p. 138 et suiv.; Schrœter, *op. cit.*, p. 135 et suiv.; Elvers, *Practiq. Arbeiten*, p. 12 et suiv.; Savigny, trad. Guénoux, IV, p. 265; Arndts, *Lehrbuch*, § 589; Vangerow, *Lehrbuch*, § 563; Keller, *Pandecten*, § 69). Ce dernier système nous paraît tout à fait contraire au texte de notre constitution. Après avoir constaté l'existence de graves controverses entre les jurisconsultes, l'empereur annonce qu'il va résoudre la difficulté, et en effet, il ajoute de suite : *ita res procedat*, et reliq. Or, dans la fin du texte, Justinien ne dit pas qu'on aura le choix entre l'insinuation ou la présence de cinq témoins [1]. Il est bien probable que s'il y avait songé, il n'aurait pas manqué de le dire, car, on le sait, Justinien n'a pas le défaut de la brièveté dans ses décisions. Aussi, décidons-nous avec les partisans du premier système, que la présence de cinq témoins est la seule forme des donations à cause de mort. Mais nous n'acceptons pas le motif que l'on donne à l'appui : on ne peut pas dire, en effet, que Justinien ait voulu assimiler de la manière la plus absolue la donation à cause de mort et le legs; tout en les rapprochant, il n'en a pas moins conservé à la donation à cause de mort ses caractères distinctifs. Nous ajouterons que, quant à la forme, il n'y a même pas assimiliation pure et simple entre les legs et les donations à cause de mort, car si nous remplaçons l'insinuation par la présence de cinq témoins, nous ne changeons sous aucun rapport les formes primitives (*datio*, *stipulatio*, etc.) des donations à cause de mort.

44. 2) Cette présence de cinq témoins est exigée pour toutes les donations à cause de mort, qu'elles soient infé-

[1] Quant à la capacité des témoins, on applique les principes ordinaires : cela résulte bien du silence même de la constitution. Il est certain aussi, bien que Justinien n'en dise rien, que le donataire ne peut pas compter comme témoin.

Digitized by Google

rieures ou supérieures à 500 solides. Sous ce rapport encore, notre solution est contraire à celle qui a été admise par les interprètes les plus considérables du droit romain. C'est une doctrine généralement répandue, qu'il faut établir entre les donations à cause de mort les mêmes distinctions que pour les donations entre-vifs; et l'on fait valoir à l'appui de cette solution un argument qui peut paraître, en effet, très-concluant au premier abord. On dit : La présence de cinq témoins est exigée pour remplacer la formalité de l'insinuation; or cette formalité n'était imposée par Justinien lui-même que pour les donations de plus de 500 solides. Il serait, dès lors, bizarre de soumettre les donations à cause de mort, de moins de 500 solides, à une formalité quelconque, alors qu'auparavant elles étaient dispensées de l'insinuation. Qu'on suppose, par exemple, une donation entre-vifs de 300 solides; il est certain qu'elle sera valable par simple tradition. N'est-ce pas imputer au législateur une inconséquence évidente que d'exiger la présence de cinq témoins, quand cette même libéralité a lieu à cause de mort? Ainsi donc, les formalités suffisantes pour l'acte le plus grave ne le seraient pas pour l'acte moins dangereux ! (en ce sens : Savigny, *loc. cit.*, p. 266; Schrœter, *op. cit.*, p. 133 et suiv.; Bulow, *op. cit.*; Keller, § 69; Vangerow, § 563).

Cependant, cette considération ne nous paraît pas décisive. On peut d'abord opposer en faveur du système que nous défendons les termes absolus de la Constitution; celle-ci n'établit aucune distinction et soumet toutes les donations à cause de mort à la présence de cinq témoins. Si Justinien avait voulu reproduire la distinction qui existait pour les donations entre-vifs, il n'aurait pas manqué de le dire, d'autant plus qu'il l'avait lui-même créée pour ces dernières libéralités (en ce sens : Muller, *op. cit.*, § 12 et suiv.; Widerhold, *op. cit.*, p. 107 à 117). D'un autre côté, s'il restait encore quelque doute à cet égard, il nous semble qu'il serait facile de le faire disparaître par un rapprochement de date entre les différentes Constitutions de Justinien, rapprochement qui n'a pas encore été relevé. On sait qu'avant Justinien toutes les donations entre-vifs devaient être insinuées : c'est cet empereur qui, le premier, a dispensé de cette formalité, d'abord les donations de moins de 300 solides par la Constitution 34,

Digitized by Google

De donat. (8, 54), ensuite les donations de moins de 500 solides par la Constitution 36, *eodem titulo*. La première de ces Constitutions est de novembre 529, la seconde de novembre 531. Mais entre ces deux Constitutions se place celle qui a exigé la présence de cinq témoins pour les donations à cause de mort : elle est datée de septembre 530 (Constitution 4, *De mortis causa donat.*, 8, 57). Nous concluons de là qu'à l'époque où fut faite cette Constitution 4, toutes les donations à cause de mort étaient encore soumises à la formalité de l'insinuation, ou pour mieux dire, que, ni la Constitution 34, ni la Constitution 36, n'ont établi, pour les donations à cause de mort, la distinction qu'elles font pour les donations entre-vifs. Sur ce point, je suis en contradiction formelle avec M. de Vangerow (*loc. cit.*). D'après le savant romaniste, la Constitution 34, qui dispense de l'insinuation les donations de moins de 500 solides, s'applique aussi bien aux donations à cause de mort qu'aux donations entre-vifs; il invoque les termes très-généraux de ce texte qui dit : *Omnis donatio sive communis sive ante nuptias facta.* Mais, dans notre opinion, ces termes, *omnis donatio*, se rapportent seulement aux donations entre-vifs, comme cela résulte de l'ensemble du texte où le mot *donatio mortis causa* ne se rencontre pas une seule fois, et de la distinction que l'on fait entre ces donations et les donations *ante nuptias*. Ce qui le prouve bien clairement, c'est précisément notre Constitution 4 qui exige la présence de cinq témoins dans les donations à cause de mort. Cette Constitution constate l'existence d'une controverse sur la nature de la donation à cause de mort et sur le point de savoir si cette donation doit être insinuée; la controverse existait encore au moment où cette Constitution a été faite, puisque cette dernière a eu pour objet de la faire cesser. Eh bien, si la Constitution 34, *De donat.*, avait établi, comme le soutient M. de Vangerow, la distinction entre les donations de moins de 300 solides, et la donation d'une somme plus élevée pour les libéralités à cause de mort, comme pour les donations entre-vifs, la controverse aurait, par cela même, cessé sur ce point et n'aurait plus existé au moment de la Constitution 4. On sait, en effet, que cette dernière Constitution est postérieure d'une année à la Constitution 34. Comment s'expliquer que la Constitution 4, *De mortis causa donat.*, ait voulu faire cesser

Digitized by Google

la difficulté qui s'était élevée sur la nécessité de l'insinuation des donations à cause de mort, en exigeant la présence de cinq témoins, si la controverse avait été déjà terminée en vertu de la Constitution 34 qui aurait établi, au point de vue de l'insinuation, la même distinction pour les donations à cause de mort que pour les donations entre-vifs?

La Constitution 34, *De donationibus*, concerne donc seulement les donations entre-vifs; et s'il en est ainsi, il faut bien admettre que la Constitution 36, celle qui porte à 500 solides la somme à partir de laquelle l'insinuation sera nécessaire, se restreint aux mêmes libéralités. C'est ce que vient confirmer aussi le texte de la Constitution 36 qui ne parle pas une seule fois des donations à cause de mort. On n'a pas oublié que cette Constitution est postérieure d'une année à la Constitution 4, *De mortis causa donationibus*. N'est-il pas évident que si l'insinuation avait encore été admise, même depuis la Constitution 4, *De mortis causa donationibus*, cette Constitution 36 aurait parlé des donations à cause de mort?

Ainsi, du rapprochement de ces trois dates découlent pour nous deux points bien certains, à savoir : 1) que l'insinuation a été complétement supprimée pour les donations à cause de mort, et remplacée par la présence de cinq témoins; 2) que la présence de cinq témoins est nécessaire pour toutes les donations à cause de mort. Nous n'hésitons pas à ajouter que cette solution est celle qui cadre le mieux avec les trois textes, car, d'une part, les Constitutions 34 et 36, *De donat.*, ne mentionnent jamais la donation à cause de mort dans leurs dispositions, et d'autre part, dans la Constitution 4, *De mortis causa donat.*, on ne trouve aucune trace de la distinction entre les donations de moins et celles de plus de 300 solides [1].

45. 3) Il faut maintenant aller un peu plus loin dans nos recherches et nous demander quelle est, d'une manière bien précise, cette formalité consistant dans la présence de cinq témoins. Justinien a-t-il voulu tout simplement appliquer à

[1] Je dis 300 solides et non pas 500, parce que ce chiffre a été adopté seulement par la Const. 36, *De donat.*, postérieure, comme on l'a vu, à la Const. 4, *De mortis causa donat.*

Digitized by Google

la donation à cause de mort les règles des codicilles? C'est l'opinion la plus généralement adoptée, elle est proposée par d'éminents interprètes (Voy. Doneau, *Com. juri civ.*, lib. 14, cap. 33, n. 6, texte et note 9; Lauterbach, *Collegium theoretico practicum*, h. t.; Savigny, tome IV, p. 267; Hasse, *Rhein. Museum*, III, 410; Keller, *Pandecten*, § 69). On a dit, à l'appui de cette opinion : « Quoi de plus naturel que de regarder la prescription de cinq témoins comme une brève désignation de la forme codicillaire exigée pour la validité des legs? Justinien avait-il besoin de reproduire à cette occasion tout ce qu'il dit ailleurs sur la forme des codicilles? Il faut ajouter que peu auparavant l'empereur avait décrété que la mort ne suffisait pas pour confirmer les donations importantes entre époux, qu'il fallait l'insinuation ou la *suprema voluntas* (Const. 25, *De donat. int. vir. et uxor*, 5, 16), c'est-à-dire, soit un testament, soit un codicille » (Savigny, trad. Guenoux, *loc. cit.*). Ces deux arguments sont tout à fait insuffisants. Que dans cette Constitution 25 de l'an 528, *suprema voluntas* soit synonyme de codicille, cela ne prouve pas du tout que deux ans plus tard, Justinien, en parlant de cinq témoins, ait voulu introduire pour les donations à cause de mort la forme codicillaire à la place de l'insinuation. De même, il nous paraît très-arbitraire de regarder la prescription de cinq témoins comme une désignation abrégée de la forme des codicilles. Sans doute, il n'était pas nécessaire que Justinien rappelât tous les principes qu'il avait posés pour la forme des codicilles, mais au moins aurait-il dû dire que, désormais, cette forme remplacerait l'insinuation pour les donations à cause de mort. C'est ce qu'il n'a pas fait, et nous rappellerons ici une remarque déjà présentée : il est toujours dangereux d'accuser de brièveté l'empereur qui a l'habitude et la réputation d'être le plus prolixe entre tous.

Aussi vaut-il mieux décider que cette présence de cinq témoins est une forme propre et spéciale à la donation à cause de mort.

Cette solution, comme on va le voir, est très-importante. Ainsi, il en résulte, contrairement à l'opinion de Savigny, que l'on n'exige pas l'*unitas actus*, ni la signature de cinq témoins dans le cas où l'on rédige un écrit de la donation (ce qui est facultatif, mais non obligatoire). Ces règles sont spé-

Digitized by Google

ciales aux codicilles [1]; elles s'expliquent pour des actes unilatéraux de dernière volonté, mais on ne voit aucune raison, surtout en l'absence d'un texte formel, pour les étendre aux donations à cause de mort.

De ce que Justinien a établi une formalité propre aux donations à cause de mort, il faut aussi conclure que dans le cas où le fidéicommis (ou legs) peut se faire avec moins de cinq témoins, il n'en est pas de même de la donation à cause de mort. Ainsi, des règles spéciales ont été établies, comme on sait, pour le testament en temps de peste, pour le testament militaire, etc.; mais on ne saurait les étendre à la libéralité qui nous occupe. Nous n'appliquerons pas davantage la Constitution 32, *De fideicommissis* (6,42), qui autorise le fidéicommissaire au profit duquel un fidéicommis a été fait, mais en l'absence de témoins, à déférer sur ce point, le serment au fiduciaire, après avoir juré lui-même qu'il n'agit pas par esprit de chicane [2]. De même, nous ne dirons pas, par argument de la Constitution 19, *De testam.*, 6, 23, que quand la donation est faite *coram principe*, on peut se dispenser de la présence des cinq témoins [3]. De même encore, en admettant que les formalités spéciales établies par l'empereur Justin pour les testaments des aveugles, doivent s'étendre aux codicilles faits par ces mêmes personnes [4], on ne saurait les appliquer ici aux donations à cause de mort [5]. Gluck propose sans doute une solution contraire (tome XXXIV, § 1406, p. 44), mais cela provient de ce que, dans son opinion, la Constitution 4 de Justinien a simplement appliqué aux donations à cause de mort la forme des codicilles.

[1] Const. 8, § 3, *De codicill.*, 6, 36.

[2] § 12, J., *De fideic. heredit.*, 2, 23.

[3] En sens contraire sur tous ces différents points, Lauterbach, h. t., nos 13 et suiv.

[4] En ce sens : Stryck, *De caut. testam.*, caput 6, §§ 15 et 16. — Ant. Faber, *Cod. definit. for;* lib. 6, tit. 5, def. 28).

[5] C'est une question vivement controversée que celle de savoir si depuis la Const. de Justin on doit exiger pour le codicille, comme pour le testament des aveugles, la présence de huit témoins, s'il ne faut pas se contenter de cinq témoins et d'un notaire ou de six témoins. Les glossateurs discutaient déjà sur ce point. Cpr. la glose sur la Constitution 8, *Qui testamenta facere possunt.* Voy. cette question longuement traitée dans Gluck, XXXIV, p. 38, § 1406.

Digitized by Google

46. 4) A plus forte raison repoussons-nous l'opinion de Wening Ingenheim (*Lehrbuch des gemeinen civilrechts*, § 54, note *h*), d'après laquelle la donation à cause de mort aurait pu se faire par testament. Une libéralité de ce genre, inscrite dans un testament, formerait un legs ou un fidéicommis, mais ne saurait, sous aucun rapport, constituer une donation *mortis causa*. Comment dire en pareil cas : *præsens præsenti dat?* Comment expliquer tous ces textes qui exigent une tradition ou une stipulation? Décidera-t-on, comme paraît le dire Wening Ingenheim, que la tradition ou la stipulation interviendra pendant la confection du testament? Mais alors ce testament ne sera pas fait *uno contextu*. D'un autre côté, comment appliquer dans ce cas la règle bien certaine, que nous étudierons plus loin, et suivant laquelle les donations à cause de mort sont complétement indépendantes du sort de l'hérédité? Dira-t-on que, dans ce cas, quand le testament tombera, la donation à cause de mort subira le même sort que les autres dispositions du testament[1]? On pourrait multiplier les objections, mais cela est inutile, car il n'existe à notre connaissance aucun texte où il soit parlé d'une donation à cause de mort, par testament[2].

47. 5) Une autre question, plus délicate au premier abord, est celle de savoir si, sous l'empire de la Constitution 4, *De mortis causa donat.*, on a encore exigé, pour les donations de *res*, la tradition de la chose. On a dit que, depuis cette constitution, de même que dans l'ancien droit, le legs par *vindicationem* transférait la propriété, de même la déclation du donateur en présence de cinq témoins suffisait pour rendre le donataire propriétaire (Voyez en ce sens : Ortolan, II, n° 563; Doneau, *Const. juris civilis*, lib. 14, cap. 33, n° 5, note 9 et les auteurs qu'il cite parmi les anciens.) La Constitution 4 aurait ainsi réglementé, d'une manière complète, sous le rapport de la forme, les donations à cause de mort, et par cela même supprimé toutes les anciennes règles; on ajoute que ce chan-

[1] L. 181, *De diversis regulis juris.*, 50, 17. — § 7, J., *De hered. quæ ab intestato*, 3, 1. — L. 9, *De test. tut.*, 26, 2.

[2] Il est bien entendu que si une personne avait dit dans son testament qu'elle fait une donation à cause de mort, cette disposition ne serait cependant pas nulle : elle vaudrait comme fidéicommis, mais on ne pourrait lui appliquer aucune des règles particulières de la donation à cause de mort.

Digitized by Google

gement résulte aussi de l'assimilation établie par notre Constitution pour ces libéralités avec les legs.

Toutefois, de graves raisons nous font préférer l'opinion contraire. Si l'on s'attache avant tout au but de Justinien dans la Constitution 4, *cit.*, on est obligé de reconnaître que cet empereur a voulu remplacer l'insinuation par la présence de cinq témoins. Mais il n'a pas fait de la donation à cause de mort un véritable legs; tout en le rapprochant des legs, il a lui a conservé ses caractères distinctifs. Comment s'expliquer autrement l'insertion au Digeste de tous ces textes qui parlent de la nécessité d'une tradition? D'ailleurs, une translation de propriété *solo consensu* serait un résultat trop extraordinaire, même dans le droit de Justinien, pour qu'on puisse le supposer implicitement compris dans une disposition qui n'en dit rien [1].

48. Lorsque la donation à cause de mort doit se faire, non plus *dando*, mais *obligando*, faut-il encore employer, sous Justinien, outre la présence de cinq témoins, les formes de la stipulation pour qu'il naisse une action au profit du donataire? La difficulté ne provient plus ici de la Constitution 4, *cit.*, mais de la Constitution 35, § 5, *De donationibus*, 8, 54. Dans ce dernier texte, Justinien, généralisant une exception introduite par Antonin le Pieux, et confirmée par Constantin pour les donations *inter liberos et parentes* [2], décide que l'accord des deux parties, en termes quelconques, même en dehors de toute stipulation, suffit pour donner action au donataire; en d'autres termes, la donation est devenue un pacte légitime donnant naissance au profit du donataire à une action personnelle, la *condictio ex lege* [3]. On a soutenu que cette disposition de la Constitution 35 était commune aux donations à cause de mort et aux donations entre-vifs : c'est surtout M. de Savigny qui a défendu ce système (*Traité de droit romain*, traduction Guenoux, IV, p. 253). Mais son opinion ne paraît pas avoir eu beaucoup de succès [4]. C'est qu'en effet le

[1] Bien que Vangerow n'examine pas cette question, il résulte de ses développements sur la Constitution 4 qu'il n'attribue pas non plus à ce texte la portée qu'on voudrait lui donner. Voy. aussi Muller, *op. cit.*, § 5.

[2] Cpr. Const. 4, C. Th., *De donationibus*, 8, 12.

[3] Cpr. L. un., *De conditione ex lege*, 13, 2.

[4] Elle a été adoptée par M. Thureau, *Des donations à cause de mort*, p. 24.

Digitized by Google

texte même de la Constitution et les motifs de cette disposition nous montrent qu'il faut restreindre l'innovation de Justinien aux donations entre-vifs. Toutes les autres dispositions de cette Constitution 35, sont spéciales aux donations entre-vifs : si Justinien avait voulu appliquer aussi celle qui nous occupe aux donations à cause de mort, il aurait certainement pris la peine de nous le dire. Mais ce qui prouve bien que la règle, d'après laquelle le simple pacte de donation suffit pour produire action, doit se restreindre aux donations entre-vifs, c'est que la Constitution 35 se trouve sous la rubrique : *De donationibus*. De même, aux Institutes, quand Justinien nous parle de cette innovation, c'est seulement à propos des donations entre-vifs (§ 2, *De donat.*, 2, 7). D'ailleurs, si cet empereur avait eu en vue les donations à cause de mort, comme les donations entre-vifs, il ne se serait pas exprimé en termes aussi absolus à la fin du texte, où il dit : « Resque donatas non « solum eos (donatores) dum supersunt sed etiam eorum suc- « cessores reddere compelli, non tantum his in quos donatio « facta est, sed etiam eorum heredibus. » Cette disposition suppose évidemment que le droit du donataire est absolu du vivant même du donateur. Or tel n'est pas le droit du donataire à cause de mort. — Le motif que nous donne Justinien pour justifier l'extension de la règle établie par Antonin le Pieux est aussi complétement étranger à la donation à cause de mort : il ne faut pas que le donateur, après avoir pris un engagement sérieux et spontané, puisse, de mauvaise foi, éluder sa promesse en invoquant un vice de forme : « Quum « enim in arbitrio cujuscumque sit hoc facere, quod instituit, « oportet eum vel minime ad hoc prosilire, vel, quum ad hoc « venire properaverit, non quibusdam excogitatis artibus « suum propositum defraudare tantamque indevotionem « quibusdam quasi legitimis velamentis protegere. » Cette raison ne saurait s'appliquer à la donation à cause de mort, puisque le donateur conserve habituellement le droit absolu de révocation. Aussi le seul argument sérieux que l'on puisse opposer à toutes ces considérations décisives, c'est que si le simple pacte peut produire une donation entre-vifs, il doit, à plus forte raison, suffire pour la donation à cause de mort, car l'une est absolue et l'autre révocable; qui peut le plus, peut le moins (Savigny, *loc. cit.*). Sans doute cette raison

Digitized by Google

pourrait justifier sous le rapport qui nous occupe une assimilation entre ces deux espèces de libéralité. Mais tout nous prouve, le texte de la Constitution et les motifs invoqués par Justinien, que cet empereur s'est placé à un autre point de vue. Il ne faut pas oublier qu'il existe pour les donations à cause de mort une Constitution spéciale, la Constitution 4, *De mortis causa donat.*, rendue la même année que la Constitution 25, en 530, et nous en concluons que Justinien a entendu réglementer séparément les donations entre-vifs et les donations à cause de mort.

Telle est aussi l'opinion de Haubold (*Opusc.*, I, 462), de Schrœter (*Zeitschrift*, II, 132), de Muller (*Uber die Natur der Schenkung auf den Todesfall*, § 5), de Hasse (*Rhein. Museum*, II, 310, note 116).

49. 6) Reste enfin une dernière question. La donation à cause de mort est-elle devenue, dans tous les cas, à la suite des innovations de Justinien, un acte unilatéral comme le legs? Nous l'avons réservé en dernier lieu parce qu'elle nous permettra, en terminant, de préciser l'étendue de l'innovation de Justinien. Beaucoup d'auteurs ont pensé que depuis cette époque les donations à cause de mort sont devenues, en général, de véritables legs; il est inutile de dire que telle est aussi, à plus forte raison, l'opinion de Muller, puisque, d'après cet auteur, la donation à cause de mort, a été en tout temps un acte purement unilatéral (*op. cit.*, §§ 21 et suiv.). L'argument qu'on invoque à l'appui de cette opinion est celui que nous avons déjà rencontré plus d'une fois, toujours le même. On cite les termes généraux de la Constitution 4 de Justinien: *Omnes effectus sortiatur*, dit ce texte, en parlant de la donation à cause de mort, *quos ultimæ habent liberalitates, nec in quacumque parte absimilis eis intelligatur.* Il résulterait de là que Justinien aurait complétement modifié, non-seulement la forme, mais encore la nature de la donation à cause de mort; que les textes du Digeste n'auraient plus aucun sens, lorsqu'ils envisagent la donation à cause de mort sous l'un ou l'autre de ces rapports.

Tout cela n'est qu'erreur et confusion; et il nous paraît d'autant plus surprenant qu'on ait mal compris l'innovation de Justinien, que cet empereur s'est lui-même donné la peine de nous l'expliquer dans un texte dont on a eu le

Digitized by Google

tort de ne pas s'occuper. Remarquons d'abord que cette phrase si générale, extraite de la Constitution 4, ne devrait pas être séparée du reste du texte où il est question seulement de la suppression de l'insinuation. Ajoutons que le § 1, J., *De donationibus*, s'exprime en termes beaucoup moins absolus. Mais ce n'est pas tout. Dans la préface de la novelle 87, qui défend aux *curiales* de faire des donations à cause de mort, Justinien commente sa Constitution 4 dans les termes suivants [1] :

« Ut curialium fraudes nihil damni publico afferre possint, sed ut lex « ejusmodi consiliis resistat, omnimodo volumus. Cognovimus enim, post- « quam curiales donare prohibuimus, non permittentes illis, ut possessionem « immobilem donarent, nec testamento ultra tres uncias reliquerent, sed « novem uncias omnino curiæ servarent, illos legem circumvenientes ejus- « modi fraudes in fraudem legis invenisse. Nam, quum scirent, *nos cognita* « *veterum legislatorum dubitatione de mortis causa donatione, utrum illa* « *donatio, an legatum esset, aliis eam donationi, aliis vero legatis adnu-* « *merantibus, plurium et optimorum legislatorum sententiam eligentes,* « declarasse eam omnino legatum esse, nec confectione monumentorum « indigere, sed licere eam facere, fines etiam, quos donator voluerit, illi « constituere, atque hoc facto licere etiam ei renunciare, et pœnitentia « ductum ejusmodi donationes revocare, et quos velit terminos donationi « mortis causa statuere, quemadmodum sapientissimus Julianus sancivit, « quod nos in trigesimo nono libro Digestorum nostrorum scripsimus « (omnia enim breviter complexi sumus, cum quæ a veteribus, tum quæ a « nobis sancita sunt), hoc igitur cum scirent, ad eum modum quasdam « mortis causa donationes faciendas, et secundum legem pacta, quibus sibi « ipsis potestatem auferrent donationem per pœnitentiam revocandi, inse- « renda, aliamque conditionem suo arbitrio illis donationibus addendam « esse putarunt, ut per se donationes a revocatione liberas facere atque ita « suas substantias minuere liceret. »

Il résulte de ce texte que les innovations de Justinien peuvent se ramener à deux points : 1° suppression de l'insinuation remplacée par la présence de cinq témoins; 2° sanction législative de l'opinion des anciens jurisconsultes qui voulaient, en général, assimiler la donation à cause de mort aux legs. Ainsi, Justinien n'a pas, comme on l'a dit à tort, été plus loin que les anciens jurisconsultes et complétement confondu ces deux libéralités : il a seulement adopté l'opinion de ceux qui rapprochaient la donation à cause de mort des legs, et il

[1] La traduction qu'on va lire est celle de l'édition Kriegel.

Digitized by Google

nous dit lui-même que les textes du Digeste renferment le système qu'il a consacré. Or nous avons vu que, même dans l'opinion des jurisconsultes auxquels appartiennent ces textes, la donation à cause de mort doit revêtir la forme d'une translation de propriété, d'une stipulation, d'une remise de dette, d'un payement.

En résumé, sous Justinien, les anciennes formes de la donation à cause de mort ont été conservées; seulement l'insinuation a été supprimée et remplacée par la présence de cinq témoins; cette présence de cinq témoins est exigée dans toutes les donations à cause de mort, même quand elles sont inférieures à 500 solides; c'est une forme propre à ces libéralités et qu'il importe de ne pas confondre avec celle des codicilles; aussi ne faudrait-il pas croire que depuis Justinien les donations à cause de mort ont pu être insérées dans les testaments. Quant aux caractères de la donation à cause de mort, Justinien s'est borné à adopter l'opinion de ceux qui rapprochaient cette libéralité du legs; ainsi, la donation à cause de mort n'est pas devenue dans tous les cas un acte unilatéral, et elle n'a pas pu transférer la propriété *solo consensu*.

ERNEST GLASSON.

(*La suite à une autre livraison.*)

Digitized by Google

BIBLIOGRAPHIE.

COMMENTAIRE THÉORIQUE ET PRATIQUE DE LA LOI SUR LA PRESSE du 11 mai 1868

ET DES DÉCRETS DU 11 MAI ET DU 19 DÉCEMBRE 1868,
SUIVI DES CIRCULAIRES MINISTÉRIELLES DES 3 ET 4 JUIN.

Par Antoine GIBOULOT, docteur en droit, avocat à la Cour impériale de Paris, auteur du Code complet de la presse [1].

Compte rendu par M. G. DEBACQ,
docteur en droit, avocat à la Cour impériale de Paris.

La principale qualité des lois anglaises sur la presse, c'est, du commun accord de tous les juristes d'outre-Manche, de n'être jamais appliquées. On pense, en Angleterre, que les poursuites en matière de presse sont plus funestes à l'ordre public que les désordres qu'elles ont mission de réprimer ou de prévenir.

Il ne paraît pas que nos voisins se trouvent mal de ce régime.

En France, les choses se passent autrement.

La dernière loi sur la presse a été promulguée le 11 mai 1868. Et de ce jour au 1er avril 1869, M. le garde des sceaux Baroche le déclarait à la tribune du Corps législatif (séance du 5 avril dernier), 125 poursuites ont été dirigées contre les journaux.

M. le garde des sceaux n'a pas dit combien de ces poursuites s'étaient terminées par des acquittements.

La loi du 11 mai 1868 est donc sortie du domaine de la théorie pour entrer dans celui de la pratique. Les tribunaux ont eu l'occasion de viser chacune (ou peu s'en faut) des dispositions qui constituent la loi nouvelle. L'article même, ajouté au projet du gouvernement à la suite de la prise en considération de l'amendement Guilloutet, et qu'on pouvait raisonnablement espérer voir rester, grâce au bon sens public, à l'état de lettre morte, a été appliqué pour la première

[1] Un vol. in-18. Plchon-Lamy et Dewez (1869).

Digitized by Google

fois sur les poursuites d'un officier de gendarmerie qui se faisait journaliste.

En l'état, la loi du 11 mai a-t-elle produit les résultats qu'on en attendait? S'est-elle montrée digne des éloges anticipés des uns? A-t-elle donné raison aux terreurs des autres? Ce sont là des questions que nous n'avons pas à aborder. Ce que nous pouvons seulement constater sans crainte d'être contredit par personne, c'est que si, à l'usé, quelques-uns des inconvénients que les adversaires de la loi avaient signalés avec le plus d'ardeur ne se sont point révélés, nombre d'embarras se sont manifestés dont nul n'avait pu soupçonner l'exceptionnelle gravité.

L'article 13, notamment, relatif à l'exécution provisoire des arrêts ou jugements ordonnant la suppression ou la suspension d'un journal, vivement critiqué par MM. Segris, Sénéca et Picard, adopté par la Chambre, grâce aux efforts combinés de MM. Baroche, Mathieu et Nogent-Saint-Laurens, a donné lieu dans la pratique non-seulement à des difficultés du caractère le plus sérieux, que les circulaires du ministre de l'intérieur, celles du garde des sceaux, la 6e chambre du tribunal de la Seine, la chambre correctionnelle de la Cour de Paris ont tranchées en sens différents, mais a abouti à de véritables impossibilités matérielles constatées par la justice elle-même. (C. de Douai, 7 juillet 1868. Crim. rej., 15 janvier 1869.)

L'article 11 (publication d'un fait relatif à la vie privée) a donné naissance déjà à des discussions dont le caractère doit inspirer aux auteurs de cet article des craintes sérieuses pour l'avenir de leur œuvre. On a discuté notamment le point de savoir si un article de journal « qui ne mentionnerait aucun « fait et se bornerait seulement à parler de la manière d'être, « de la situation physique, morale ou intellectuelle de l'in« dividu, » pourrait être l'objet de poursuites. On a contesté qu' « en vertu de la loi nouvelle, un journal qui aurait an« noncé qu'une personne était atteinte d'une infirmité ou « d'une maladie, si cette imputation n'avait aucun caractère « diffamatoire ou injurieux, » commît l'infraction punie par l'article 11 de la loi du 11 mai, et ce, parce que la commission avait substitué aux mots « allégation relative à la vie privée » de l'amendement Guilloutet une rédaction nouvelle

Digitized by Google

où le mot « fait » remplace le mot « allégation. » On s'est demandé aussi si l'article « pouvait être appliqué dans le cas « où un journal annonçait qu'une personne quittait une « fonction publique pour embrasser une profession commer- « ciale ou industrielle, ou pour rentrer dans la vie privée ou « réciproquement; » si, en cas d'infraction, l'auteur de l'article pouvait être poursuivi, ou si le gérant seul devait être mis en cause.

Ainsi la loi de 1868 est vieille d'un an à peine, et le sens et l'étendue de la plupart des dispositions qui la composent est contesté.

Il est vrai que les rédacteurs du projet avaient déclaré, avec une petite arrière-pensée d'amour-propre peut-être, qu'ils n'avaient point voulu tomber dans l'ornière où s'étaient laissés glisser leurs prédécesseurs en matière de législation sur la presse; qu'ils n'avaient pas entendu formuler avec plus ou moins de précision des principes plus ou moins philosophiques; qu'ils avaient été au plus pressé et entendu tout simplement faire une bonne loi pratique. Ils ont merveilleusement rempli la première partie du programme qu'ils s'étaient tracé. La loi de 1868 est muette sur les principes généraux; nul ne peut lui reprocher des tendances philosophiques. Mais MM. les rédacteurs du projet n'ont pas si complétement rempli la seconde partie de leur programme que la loi nouvelle ne présente autant au moins, sinon plus que ses devancières, de passages obscurs ou ambigus. Ce qui est certain c'est que jamais loi n'eût plus grand besoin d'un commentaire. M. Giboulot, avocat à la Cour de Paris, vient d'en publier un qui arrive fort à point. M. Giboulot a, déjà l'an dernier, réuni en un corps de droit, en un Code complet les dispositions diverses des lois malheureusement trop nombreuses qui régissent la presse française. Les études préalables auxquelles les fonctions qu'il a remplies auprès du rapporteur du projet l'avaient conduit à se livrer, mettaient M. Giboulot en mesure d'aborder, mieux que personne au monde, cette œuvre singulièrement difficile et délicate de fixer le sens et la portée d'un texte législatif dont la netteté n'est pas la qualité dominante.

Dans le livre que nous signalons à nos lecteurs, chacun des articles de la loi fait l'objet d'un chapitre spécial où sont

Digitized by Google

rassemblées, à côté du texte lui-même qu'il s'agit d'interpréter, les données historiques, les extraits des discussions préalables au vote, l'analyse des arrêts intervenus, et un commentaire précis et bref où toutes les questions controversées sont examinées et résolues.

M. Giboulot ne s'est pas, du reste, borné à une simple explication; il a compris que s'agissant d'un texte d'un intérêt aussi actuel, il était difficile de rester commentateur pur et simple sans devenir un peu polémiste. Il a pensé que sans entrer sur le terrain des discussions oiseuses, des apologies ou des critiques passionnées, il était du devoir d'un homme qui avait examiné et scruté la loi du 11 mai sous toutes ses faces, de donner son opinion sur cette loi même, de l'apprécier, de la juger.

Un moraliste grec, nous ne savons lequel, mais peu importe, a remarqué qu'à force de vivre avec une personne, on arrivait à s'identifier tellement avec elle qu'on cessait d'en apercevoir les défauts ou les qualités morales ou physiques, de telle sorte que si laid que fût son compagnon, on arrivait à oublier sa laideur quand on n'allait pas jusqu'à lui trouver de la beauté.

Or M. Giboulot s'est trouvé si longtemps en face de la loi de 1868, il a tant et tant vécu avec elle dès les premiers jours de son élaboration, que s'il ne la trouve pas parfaite, il ne la voit du moins qu'avec des yeux prévenus. Elle constitue d'après lui un progrès réel sur l'état de choses antérieur, et si elle n'a point résolu tous les grands problèmes de la législation de la presse, si elle renferme quelques dispositions qui donnent prise à la critique, du moins mérite-t-elle encore la reconnaissance de tous les hommes impartiaux.

C'est peut-être aller un peu loin. Qu'à certains égards la loi votée l'an dernier ait heureusement modifié la législation préexistante, nous ne disons pas le contraire, et nous admettons dans une certaine mesure l'opinion émise par M. Giboulot, mais en faisant nos réserves sur bien des points. Pour tout dire, en un mot, tant que les procédés législatifs d'aujourd'hui resteront en usage, nous ne verrons pas sans inquiétude l'apparition d'une loi nouvelle sur la presse, quels que soient d'ailleurs l'esprit qui l'inspire et les intentions libérales de ceux qui la proposent. Il n'y a pas de loi sur

Digitized by Google

la presse, si indulgente, si tolérante qu'elle soit, qui n'édicte dans le coin d'un de ses articles une peine quelconque, qui ne crée un petit délit ou une petite contravention d'un caractère nouveau. Le pays sait à quoi s'en tenir là-dessus; il en fait et parfait l'expérience. Et comme en France le législateur n'abroge pas les lois anciennes, qu'il se borne à les remplacer (le mot est d'un ministre), il en résulte que toute loi nouvelle vient ajouter un ou plusieurs numéros au catalogue déjà si long et si complet « des infractions et des peines » en matière de presse, et que le législateur, même animé des intentions les meilleures, aggrave sans s'en douter les embarras et les dangers que rencontrent sur leur route tous ceux qui se laissent aller à la folle témérité d'écrire.

Il n'y aura de progrès, de progrès sérieux dans la législation sur la presse que le jour où sera promulguée une loi qui abrogera formellement et sans réserves tous les textes que tous les gouvernements qui se sont succédé en France ont entassés les uns sur les autres. Ce jour-là, quand même la loi nouvelle serait conçue dans le plus déplorable esprit, un progrès véritable serait réalisé. Mais jusque-là, il n'y aura dans la législation sur la presse qu'obscurité et contradiction, chacun des textes qui composent cette législation, fussent-ils l'objet de commentaires aussi bons et aussi complets que celui que nous signalons à l'attention de nos lecteurs. Voici pourquoi nous ne sommes pas sur le progrès réalisé par la loi de 1868, tout à fait de même avis que M. Giboulot. Ce que nous regrettons sincèrement, car nous aurions été heureux de nous trouver d'accord en toutes choses avec un esprit aussi libéral et aussi distingué. GABRIEL DEBACQ.

LE LUXE.

Compte rendu par M. LAISNÉ DESHAYES, agrégé à la Faculté de droit de Rennes.

L'état général de la société française, doit-il nous être un motif de confiance ou un sujet de crainte? S'avance-t-elle par un progrès continu vers l'apogée de sa grandeur, ou l'ayant

Digitized by Google

dépassé, penche-t-elle vers sa décadence? Cette question si grave paraît résolue. Malgré les protestations bruyantes de quelques optimistes décidés, le malaise du corps social souvent constaté est pour tout homme réfléchi un fait trop certain. Les signes menaçants d'une décomposition qui commence, s'aggravent et se multiplient. Il est utile sans doute de les indiquer; mais ne serait-il pas meilleur de préciser l'étendue du mal, d'en déterminer la cause et d'en découvrir le remède? Cette recherche est laborieuse, peut-être même ingrate; elle demande des études variées, une connaissance approfondie de son temps, de la finesse d'observation, enfin une analyse exacte des phénomènes recueillis et des tendances reconnues. Les faits sont nombreux, les moteurs multiples, d'origines diverses et d'une importance relative très-différente. D'ailleurs comment serait accueilli par une société, éprise d'elle-même et portée à aimer la vérité, surtout lorsqu'elle est flatteuse, le résultat nécessairement accusateur de ce travail fait en quelque manière sur le vif? Personne n'eût osé le prédire.

Il s'est néanmoins rencontré un écrivain assez ami de sa patrie pour l'essayer, assez perspicace pour réussir, assez distingué pour forcer l'attention et s'imposer. C'est l'auteur anonyme du livre intitulé : *Notre Ennemi, le Luxe*. Dès l'abord on sourira de voir érigé en fléau social cet ennemi prétendu, d'apparence plutôt frivole ou gracieuse que nuisible, et qui pour être souvent condamné, n'en tient pas moins le sceptre de la mode et le tient, à vrai dire, d'une main fort innocente.

Il suffit pour passer de l'étonnement à la conviction de suivre l'observateur dans la voie qu'il a ouverte. Le premier sentiment de surprise ne vient d'ailleurs que de l'inattention. Qu'appelle-t-on luxe si ce n'est la passion des délicatesses superflues dans les plaisirs permis, se développant au point d'absorber tout le revenu des citoyens ou même de le dépasser? Cette définition très-exacte de l'auteur acceptée, il reste démontré que le luxe assure l'empire des sens, et fait du bien-être matériel le but unique de la vie. On peut le montrer dès lors amoindrissant chez l'homme la dignité de caractère et la vigueur morale, pervertissant la femme plus complétement encore, ruinant la société, tarissant la famille qui

Digitized by Google

en est la source; ces maux si divers ne sont que des révélations différentes et des conséquences naturelles de l'effet principal. L'écrivain s'attache à n'en omettre aucune.

Il s'applique tout d'abord à établir que le luxe nous dépouille de cette affabilité, signe distinctif de la nation française. D'où vient ce changement profond que l'on déplore dans les relations du monde? De notre égoïsme qui transforme nos réunions en théâtre où parade notre amour-propre au lieu de leur conserver leur antique caractère d'épanchements accordés à l'amitié. Si encore cette aptitude gracieuse à la vie élégante était seule à disparaître, mais des qualités plus solides nous sont également enlevées ! L'amour des jouissances ravit l'indépendance du caractère, tue la probité, étouffe la générosité, et jusqu'au patriotisme. Les classes élevées déchoient. Elles perdent ce respect du peuple qui leur est nécessaire, mais qui ne s'obtient que par la vertu.

Victime du luxe, si du moins l'homme avait pour se relever le spectacle de l'énergie et des qualités de sa compagne ! Mais non. La femme apparaît également dépouillée de cette couronne de simplicité, de modestie et de dévouement qui n'est pas seulement pour elle une parure, mais qui constitue sa beauté. Jeune fille, elle se forme dans ses rêves d'avenir un idéal, indice certain de sentiments dépravés. « Elle songe au bonheur de devenir la femme d'un « homme mûr, blasé, plus ou moins usé, mais possesseur « d'une grande fortune et porteur d'un beau nom. » Mère, elle verra dans son enfant une parure pour sa vanité et non point une âme à former. Son affection égoïste et aveugle n'aura rien de cette force saine, contenue, éclairée, clairvoyante, seule digne du beau titre d'amour maternel. Certains cœurs de femmes en viennent même à se dépouiller de cet instinct d'affection pour ne voir dans l'enfant qu'un rival annonçant l'heure de la retraite. Elles savent l'éloigner.

Si sombre que paraisse ce portrait toujours ressemblant, il n'est point tracé d'après les rebuts de la société. Il est la reproduction des *honnêtes gens* de l'époque actuelle. Comment ces hommes uniquement avides de plaisirs comprendraient-ils le mariage, cette union, source de nombreux et austères devoirs dont l'accomplissement seul peut procurer le bonheur? Aussi est-il ordinaire d'en perdre de vue le but

Digitized by Google

et le sens. On y recherche une dot : le moyen de multiplier des jouissances que l'on adore. Le châtiment arrive naturellement amené par la faute. Empressés à fuir un intérieur intolérable, les époux ne s'accordent qu'à dépenser les revenus du ménage et à restreindre le nombre des enfants. Une postérité est le seul luxe dont ils aspirent à se priver. Bientôt la gêne se fait sentir, le jeu ou la spéculation employés pour la conjurer l'aggravent. La misère arrive, et l'on suit ses conseils. D'autres, au lieu d'édicter la stérilité dans le mariage, le suppriment, mais respectent les passions dont il était le but et la satisfaction légitime. Ils leur octroient même toute licence, et le luxe arrive à sa dernière conséquence : le culte de la courtisane. Son empire se fonde sur l'absence d'égards et de respect qu'elle permet à des hommes ennemis de toute retenue. Reine de tous les désordres, elle est condamnée à se faire la souveraine et la créatrice d'une dépravation qu'elle pousse aux plus extrêmes limites. Elle se dresse comme le génie du mal s'alliant pour détruire toute force honnête, toute activité légitime, à l'amour du jeu et de l'agiotage.

Ces passions inspirent aux citoyens un profond dégoût des industries honnêtes, rendent impropres aux travaux utiles, excitent l'improbité et font naître une telle horreur de la gêne que l'on préfère la mort à la pauvreté. Le plus irrécusable des documents, la statistique, démontre leur pernicieuse influence. Nous voyons les vols qualifiés augmenter dans la proportion de 14 pour 100; les dations de conseil judiciaire s'élever en douze ans de 275 à 1,523; les suicides dont le nombre était en 1854 de 429, atteindre en 1866 le chiffre de 5,119. Absorbé dans la recherche du bien-être, l'homme perd de vue le véritable but de la vie qui est une épreuve. Cesse-t-elle d'être une jouissance, il la brise et l'auteur ajoute avec tristesse : « Il n'y a pas de signe plus cer-
« tain de la prospérité et de la force d'un empire que l'atta-
« chement des citoyens à la vie. Il témoigne de leur foi dans
« l'avenir, se fonde sur leur bien-être et la possession de lois
« sages. Le bonheur est un lien social. »

Quels avantages pourraient compenser des maux si graves ! Le luxe d'ailleurs n'en présente aucun. L'économie politique le condamne au nom du commerce utile et de l'in-

Digitized by Google

dustrie véritable. Les arts, eux aussi, déclinent sous son influence pernicieuse. Ils désertent les régions supérieures de la pensée et descendent leur idéal jusqu'à ce milieu grossier des jouissances matérielles seules goûtées par des esprits corrompus : « Le dessin, dit justement l'auteur, est moins « estimé que la couleur, parce que le dessin qui est la pensée « s'adresse spécialement à l'âme, tandis que le coloris parle « aux sens. »

Tel est ce livre ou plutôt cet acte d'accusation pensé par un moraliste, écrit par un littérateur et dont la démonstration est évidemment conduite par un jurisconsulte. Il a le mérite de prouver d'une manière exacte la justesse des condamnations souvent prononcées d'intuition contre le luxe. Si rebelle qu'on le suppose, le lecteur se voit forcé de souscrire aux conclusions de l'écrivain. Celui-ci arrive à le convaincre sans fatigue tant il sait entremêler à propos les résultats de la statistique, les déductions de la raison ou de la conscience, les récits et les anecdotes. L'auteur a choisi ces dernières avec un soin particulier. Elles deviennent sous sa main des ornements et des arguments venant corroborer une démonstration plus rigoureuse. Rien d'ailleurs n'est plus éloigné de l'allure grave et quelque peu pesante propre aux œuvres scientifiques que ce style élégant, toujours choisi et toujours agréable. Il se maintient si correct, sa phrase est si harmonieuse, il se pare d'un tel air de distinction qu'il semble porter comme le cachet d'une autre époque. On le dirait parent et descendant du style du XVIII[e] siècle. Combien peu nombreux sont ceux qui ont conservé comme l'auteur, l'éloignement pour les tournures forcées et les mots à effet, un goût délicat un sentiment parfait de la mesure et qui y joignent le louable désir de rendre la littérature saine et utile.

Le mal n'est dévoilé que dans le but de le guérir. L'intention est excellente, mais les remèdes proposés sont-ils infaillibles? Il faut d'abord rendre à l'auteur cette justice qu'il s'est éloigné de l'ornière où versent bon nombre d'esprits français. Il s'abstient à propos des folies de la société de jeter la pierre au gouvernement pour finir par se précipiter dans ses bras et le supplier de nous débarrasser de nos maux ou de nos travers. Il prononce même au profit de quelque pouvoir

Digitized by Google

que ce soit une sentence générale d'absolution que l'on peut trouver trop large. Sans doute les lois somptuaires ont été de tous temps inefficaces; mais l'exemple serait-il également dépourvu de puissance? Il s'en faut, et l'auteur est le premier à le reconnaître. Les dépositaires du pouvoir peuvent le donner et avec une plus grande autorité que les particuliers. Est-ce qu'une nation ne sera pas plus éloignée des folles dépenses, plus ennemie de l'ostentation lorsqu'elle verra son gouvernement administrer sagement ses finances, proscrire les travaux inutiles, et tout en satisfaisant aux exigences de son rang, se déclarer le partisan déterminé de la simplicité et de l'économie? Il ne faut donc accorder aux gouvernements le bénéfice de l'irresponsabilité qu'après avoir obtenu d'eux, à défaut de lois impuissantes, le salutaire enseignement de l'exemple. C'est à ce point que s'arrêtent nos exigences et nous n'irions pas à demander d'impôts somptuaires. L'épreuve vient d'être faite, et la taxe sur les chevaux et les voitures, fort peu productive d'ailleurs, a succombé sous l'impopularité qu'elle avait encourue. Toute autre aurait le même sort. L'impôt d'ailleurs tend à faire du luxe le privilége de certaines classes, mauvais moyen pour en faire disparaître le goût chez un peuple vaniteux et égalitaire. Combien plus puissants seront les autres remèdes indiqués : l'exemple de la simplicité, le travail; le développement de la charité et de l'agriculture. C'est dans cette partie que l'on apprécie mieux l'esprit élevé, le cœur généreux qui ont dicté ces conseils. L'auteur connaît et pratique le travail et la charité, non cette charité commode qui ne veut pas sacrifier ses aises et qui ne fuit point l'éclat, mais celle de ces jeunes gens dont il écrit : « Ils se montrent ingénieux à épargner « au pauvre des démarches pénibles, démarches dont à la « longue le caractère se ressent, et lui évitent la peine de de- « mander son pain en venant le lui offrir. Ils pénètrent peu « à peu et sans indiscrétion dans l'intimité de sa vie, désar- « ment sa défiance en s'associant à ses peines, à ses épreuves « si nombreuses, à ses joies si rares et lui apportent avec les « secours matériels quelque chose de meilleur — l'assis- « tance morale. » Voilà le caractère de la véritable charité. Seulement n'a-t-elle enfanté que des œuvres locales et relativement peu étendues : l'*Œuvre des Faubourgs*, celle des

Digitized by Google

Fourneaux économiques? Ne lui doit-on pas une institution plus générale et plus féconde qui a été comme la source d'où les autres ont jailli? Pourquoi son nom n'est-il pas prononcé? Le dire, alors que l'on célébrait ses œuvres, alors que beaucoup le tiennent en suspicion malgré son innocence, n'était-ce pas faire acte de justice?

Volontiers encore adresserions-nous à l'auteur une demande. Il a craint de retenir ses lecteurs en indiquant les moyens pratiques de populariser l'agriculture, de rendre au travail et à la charité leur légitime empire. Il eût pu s'attarder sans longueur à ces détails importants; dire par exemple que les moyens de diminuer ses dépenses sont de faire chaque mois la part des pauvres et de payer comptant ses achats, suivant le conseil d'un opuscule récent; demander à l'éducation domestique de former l'enfant à l'habitude du sacrifice pour préserver l'homme de la sensualité. Il n'était point à craindre que les doigts même les plus impatients tournassent le feuillet avant la fin. Il le dira certainement, car ce livre est destiné à de nombreuses rééditions. Le moraliste y trouvera un sujet de réflexions, le jurisconsulte y reconnaît les procédés logiques d'un esprit habitué à une démonstration exacte, le lecteur désireux de distraction ne passera aucune de ces pages agréables et instructives. Que l'auteur se félicite; nous avons le droit de le dire, nous qui arrivons alors que le succès lui est acquis. Son livre donne une crainte réelle de cet ennemi dont on n'avait médité ni les forces ni la puissance destructive. Il inspire aussi une estime sincère pour l'écrivain. C'est le propre des œuvres utiles qui n'ont d'autre but que la défense de la morale et de la société.

LAISNÉ DESHAYES.

Digitized by Google

LE MARIAGE, LA SÉPARATION DE CORPS ET LE DIVORCE,

CONSIDÉRÉS AU POINT DE VUE DU DROIT NATUREL, DU DROIT CIVIL, DU DROIT ECCLÉSIASTIQUE ET DE LA MORALE, ETC. [1]

Par J. Tissot,
professeur de philosophie, doyen de la Faculté des lettres de Dijon.

Compte rendu par M. Simonnet, conseiller à la Cour impériale de Dijon.

S'il est un sujet qui sollicite à tous égards les méditations des philosophes, des jurisconsultes et des législateurs, c'est assurément celui qui vient d'être traité avec tous les développements qu'il comporte par le savant doyen de la Faculté des lettres de Dijon. A côté des esprits aventureux qui aujourd'hui affichent la prétention de trancher les questions les plus graves par des affirmations téméraires, il est bon que des hommes qui ont consacré leur vie à l'étude des sciences morales, préparent la solution de l'un des plus graves problèmes du droit civil par un examen approfondi de la législation du mariage.

Comment la famille est-elle constituée dans notre législation ? Quels sont les devoirs essentiels que le mariage impose aux époux, lorsque ces devoirs ont été violés par un des conjoints? Quel remède offre-t-elle à celui qui, resté fidèle à ses engagements, ne trouve plus dans l'union conjugale que d'amers déboires et d'incessantes humiliations ? Comment concilier le principe de l'indissolubilité qui est de l'essence du contrat avec les règles du droit commun qui autorisent la résolution d'une convention contre celui qui l'a violée !

L'une des premières conditions qui s'impose au publiciste qui se propose de traiter ces questions délicates est de soumettre au lecteur les divers éléments d'une solution. Hâtons-nous de le dire, M. Tissot n'a rien négligé pour satisfaire à ce premier devoir du philosophe et du moraliste. On peut contester sur plus d'un point ses théories : suivant nous, il a fait une trop large part au droit abstrait, à la logique pure au nom de laquelle il critique notre législateur qui n'a pas

[1] Paris, 1868, chez Marescq.

Digitized by Google

osé maintenir le divorce dans la loi ; mais cette revendication des principes du droit naturel qu'il oppose sans cesse aux considérations qui ont déterminé la réforme quasi-religieuse de notre législation en 1816, sollicite l'esprit de ses adversaires à remonter aux sources : la contradiction qu'il appelle est forcée de le suivre sur ce terrain. Quelle que soit la solution à laquelle devra s'arrêter le lecteur, il ne pourra que se féliciter d'avoir été placé dans la nécessité de soumettre ses convictions à un contrôle rigoureux. Il trouvera dans ce livre, reproduits avec de larges développements, les motifs sur lesquels s'appuient les moralistes, qui réprouvent le divorce comme une institution peu compatible avec l'organisation de la famille.

Dans l'examen trop rapide que nous ferons des théories de l'auteur, nous regretterons sincèrement de donner à notre analyse les formes d'une critique trop exclusive et de ne pouvoir disposer d'un espace suffisant pour rendre convenablement justice à la science et à la vigueur de dialectique dont il a fait preuve.

Le divorce est-il de droit naturel ? est-il compatible avec les principes qui dominent toute la matière du mariage et qui règlent les rapports des époux entre eux ? Quel est le mérite des opinions qui le considèrent comme immoral et antichrétien ? doivent-elles avoir assez d'empire sur le législateur pour le déterminer à exclure de la loi civile une institution que justifieraient à la fois, selon le savant doyen de la Faculté de Dijon, l'histoire de la plupart des peuples et la doctrine d'un certain nombre de philosophes et de jurisconsultes ? Tel est l'ensemble des questions que soulève son livre, tel est le vaste champ de controverses qu'il faudrait parcourir avec lui, avant de se prononcer sur la légitimité du divorce et l'opportunité de son rétablissement.

Sans nous livrer à une tâche aussi ardue, nous nous contenterons de mettre en relief les points les plus saillants de cette discussion.

I.

Écartons tout d'abord les précédents historiques : en les rappelant, nous ne ferions que constater que le divorce a été permis par les anciennes législations, qu'il a été successive-

Digitized by Google

ment toléré, étendu ou restreint par les empereurs chrétiens de Constantinople. Ajoutons que les théologiens ne devinrent unanimes pour proclamer l'indissolubilité absolue du mariage que vers le IXe siècle ou même le XIIe, si l'on veut, bien que les papes et les conciles n'aient jamais permis les seconds mariages qu'avec une grande répugnance. Il est certain d'ailleurs que les communions protestantes décidant que le divorce est permis dans certains cas par l'Écriture Sainte, les législateurs qui se sont conformés à leurs doctrines, se sont prononcés dans le même sens. D'un autre côté, le concile de Trente, en proclamant que la bénédiction nuptiale est de l'essence du mariage, en a fait un sacrement et a définitivement proclamé l'indissolubilité du contrat.

En conséquence, écrit M. Tissot, « tout catholique ne peut « méconnaître que l'Église a le droit de s'interpréter et que « si elle déclare qu'elle a entendu prononcer dogmatique- « ment et non disciplinairement dans tel cas, il ne reste qu'à « se soumettre à cette interprétation ou à se proclamer indé- « pendant de son autorité. »

Voilà donc deux grandes autorités morales en présence : la doctrine de l'Église d'un côté, et de l'autre les législations anciennes et les dissidentes. Et encore l'antagonisme entre les Églises, ou plutôt entre les fidèles attachés aux différentes communions n'est peut-être pas aussi absolu qu'il le paraît. Il n'est sans doute pas téméraire de penser que l'autorité de l'Église a laissé dans les mœurs des populations qui s'en sont séparées depuis trois siècles, une empreinte assez profonde pour que celles-ci, en dépit des doctrines de leur foi, ne voient le divorce qu'avec répugnance. N'est-ce pas là une des raisons qui rendent le divorce si rare parmi les protestants? Les traditions et les habitudes y produisent, dans une certaine mesure, les mêmes effets qu'une prohibition dogmatique ou légale. Ces scrupules sont éminemment respectables. Or, lorsque, dans une nation, il s'est formé un ensemble de traditions qui complètent l'œuvre de la loi et qui contribuent à la faire respecter, on peut se demander s'il est opportun de remanier celle-ci et de rompre le lien que le temps et l'habitude ont établi entre les sentiments moraux et la législation. C'est en présence de cet état de choses que le législateur a dû statuer et qu'il pourra encore se voir dans

Digitized by Google

la nécessité de se prononcer : il n'a pas seulement à se préoccuper des obstacles résultant de telle ou telle doctrine religieuse ; il devra tenir compte de l'opinion et des préférences morales de la nation.

S'il était constant que l'opinion prédominante, que les convictions d'une puissante majorité fussent contraires au rétablissement du divorce, si le très-grand nombre de nos concitoyens le considère comme incompatible avec le respect dû au lien conjugal, et nous sommes convaincus qu'il en est ainsi, ne peut-on pas dire qu'il y a là une sorte de possession d'état qui ne doit être attaquée qu'avec circonspection d'abord, et qui ne doit céder que devant des raisons invincibles? C'est donc aux partisans du divorce qu'incombe la charge de la preuve, comme on dirait au palais. Et si la solution est douteuse, il faudra respecter le fait consacré par le temps, c'est-à-dire l'opinion qui rallie la majorité des esprits. Or, nous ne voyons pas que les arguments théoriques produits en faveur du rétablissement du divorce soient tellement décisifs que l'on manque de bonnes raisons pour justifier le maintien de notre législation.

Cependant, les partisans du divorce prétendent démontrer que la législation qui le défend fait violence aux principes ; dès lors si le droit naturel absolu est en opposition avec cette loi, celle-ci doit céder, eût-elle l'approbation de la conscience publique, momentanément égarée par des préjugés de toute sorte. En admettant cette doctrine que plusieurs trouveront téméraire, on pressent d'après ce que nous venons de dire combien d'obstacles aurait à vaincre la thèse que nous étudions, s'il est vrai qu'elle est en opposition, en France du moins, avec le sentiment général.

Avant de nous engager davantage dans l'examen de ces questions, il importe d'écarter certains nuages qui voilent quelque peu les éléments de la discussion.

On reproche au législateur de 1816 d'avoir adopté aveuglément le sentiment des théologiens catholiques qui, sur la foi de textes équivoques, auraient proclamé l'indissolubilité du mariage. Il s'est trompé en imposant aux citoyens comme une obligation légale un idéal de perfection religieuse ; à ce point de vue, il fait peser sur les dissidents une prohibition purement théologique, en les privant d'une faculté, d'un droit

Digitized by Google

naturel dont ils revendiquent l'exercice. En un mot, des réactionnaires intolérants, en confondant les règles de la morale religieuse avec celles du droit, ont subordonné abusivement à celles-là, les principes mêmes sur lesquels repose la liberté de conscience. La faculté de divorcer une fois rétablie au contraire, il resterait loisible à ceux qui se soumettent à l'autorité de l'Église, de suivre ses prescriptions, tandis que les dissidents pourraient sans scrupule user du bénéfice de la loi.

Il serait, je crois, périlleux de placer la discussion sur ce terrain; s'il suffit, pour ébranler l'autorité de la loi, de la mettre en opposition avec une opinion religieuse, le théologien catholique n'hésitera pas à revendiquer pour l'Église la plénitude de juridiction en ces matières, en démontrant que le mariage civil blesse la liberté de conscience; cette conséquence ne serait certes pas acceptée par nos législateurs.

Il est donc préférable de mettre de côté cet ordre d'idées, ne fût-ce qu'afin d'ôter aux partisans du rétablissement du divorce l'avantage de reprocher à leurs adversaires l'emploi d'un argument suspect. Contentons-nous de rechercher si l'idée ou la nature du contrat de mariage permet ou non de le déclarer indissoluble, en réservant d'ailleurs la question de savoir quel est celui des deux systèmes dont nos mœurs et notre état social s'accommodent le mieux.

Il importe avant tout de s'expliquer sur la portée et les conséquences d'une loi qui proclamerait, en principe, la légitimité du divorce. Des esprits modérés ne verraient pas beaucoup d'inconvénients à limiter la faculté de divorcer aux seuls cas d'adultère ou d'attentat plus ou moins grave dirigé contre la personne du conjoint. Mais une pareille restriction serait illusoire. La plupart des auteurs se montrent disposés à l'autoriser pour cause d'incompatibilité d'humeur, de haine implacable, de stérilité incurable (Kaeyser, 1715), par consentement mutuel (Jacobson, 1810), sur la demande d'un seul conjoint sans qu'il donne de motifs, parce que, dit-on, il répugne aux personnes délicates d'exposer devant les tribunaux les griefs qui rendent la vie commune insupportable (Gioia). On doit laisser en cette matière la plus grande liberté possible; dans le calcul des plaisirs et des peines, les intéressés opèrent mieux que la loi, etc. Le mariage ainsi compris ne diffère pas beaucoup du concubinage.

Digitized by Google

Il est manifeste que si l'on n'autorise le divorce que pour cause d'adultère ou pour sévices graves, les époux qui voudront se procurer le bénéfice de la dissolution de leur mariage, n'hésiteront pas à se permettre tous les excès (surtout si le législateur supprime ainsi qu'on le propose, les peines de l'adultère). Sur dix demandes de divorce, en Angleterre, écrit Gioia, il y en a neuf où le séducteur est de connivence avec le mari. Il est donc préférable, si l'on veut prévenir ces scandales, de se montrer moins rigoureux pour l'admission des causes du divorce. Ceci dit, il s'agit d'opter entre l'indissolubilité absolue et les inconvénients inévitables qui résulteraient du relâchement du lien conjugal.

II.

Le point de départ adopté par les publicistes qui se montrent favorables à cette institution, est-il à l'abri de toute contestation? Est-il permis d'assimiler l'union conjugale à un contrat ordinaire que peut dissoudre la volonté de ceux qui l'ont formé? Krug, dans sa philosophie du mariage est de cet avis, et M. Tissot ne repousse pas absolument cette assimilation. « Le mariage, dit-il, étant un contrat, se trouve naturellement soumis à l'autorité civile... » Mais il résulte de divers passages de son livre que le mariage, aux yeux de l'auteur, a plutôt le caractère d'un engagement moral que d'une obligation juridique.

Tel est le sentiment de plusieurs moralistes, et de Hegel en particulier. Ce philosophe rejette formellement l'opinion de Kant qui voyait dans le mariage une convention synallagmatique dont l'exécution pouvait être réclamée de part et d'autre. Il combat en même temps cette autre appréciation qui consiste à prendre la passion, le sentiment individuel avec ses caprices, pour le fondement même du mariage; il en écarte ce qu'il appelle l'élément subjectif pour y voir un rapport moral, indépendant. Dans l'union conjugale, telle qu'il la conçoit, les fantaisies de la passion doivent être subordonnées au sentiment plus élevé de l'unité qui résulte de l'accord de deux volontés libres et capables de droits; les deux époux abdiquent en quelque sorte leur personnalité, dans un intérêt plus général, en vue de la création d'une fa-

Digitized by Google

mille dont les membres ne sont plus que des accessoires... L'être moral ainsi constitué, le lien est essentiellement indissoluble; il ne faut pas tenir compte désormais, pour en faciliter la rupture, des changements de volonté, des variations de l'humeur individuelle et des troubles passagers qui s'élèvent entre les époux les mieux assortis [1]. C'est donc par une inconséquence évidente que Hegel permet le divorce dans les cas extrêmes. Du moment où l'on reconnaît que la fin du mariage consiste dans la création d'une famille, il faut en conclure qu'il ne peut être dissous que par la mort. Les époux contractent donc l'engagement de vivre toujours unis, ils s'obligent en connaissance de cause.

Le jour où ils voudraient se séparer pour convoler en secondes noces, ils violeraient manifestement leurs promesses les plus solennelles, et de plus ils se heurteraient contre l'intérêt des tiers, intérêt qui, dans les cas ordinaires, s'oppose à la résiliation d'un contrat de pur droit civil.

Cet intérêt est celui des enfants d'abord qui, par l'effet de la dissolution de l'union conjugale et du second mariage de leurs père et mère, se trouvent violemment rejetés de la société domestique. Il est vrai qu'un trouble analogue résulte de la séparation de corps; mais celle-ci du moins n'est pas irrévocable et ne permet pas à l'un ou à l'autre des époux de devenir chef d'une nouvelle famille.

On oublie, lorsqu'on assimile le mariage à une convention, qu'il existe plusieurs engagements que la volonté des parties intéressées ne peut rompre. Le contrat de mariage proprement dit, que l'on considère comme un traité passé entre deux familles, ne saurait être modifié sous aucun prétexte, à ce point que les donations qui y sont stipulées ne sont pas même révocables pour cause d'ingratitude. Est-ce qu'un donateur, dans les cas ordinaires, dès qu'il a pris en aversion le donataire, peut invoquer son changement d'humeur pour reprendre les biens donnés? Est-ce que le fils peut prétendre qu'il est affranchi de ses obligations envers son père parce qu'il existe entre eux quelque incompatibilité de caractère?

[1] On sait combien il est difficile de traduire la philosophie de Hegel : j'ai résumé aussi fidèlement que possible les passages les plus saillants de sa théorie du mariage. *Philosophie du droit*, CLVIII et suiv.

Digitized by Google

Vainement dira-t-on qu'en matière de sensibilité, de sympathie et d'antipathie, de bonheur et de malheur, aucune autorité ne peut se substituer à la volonté, au sentiment individuel; « que le temps qui se joue de nous et de nos illu-« sions, opère en nous et autour de nous les plus désastreuses « révolutions, que les conditions de nos engagements ne « sont plus les mêmes, etc. »

La loi qui consacre les obligations librement contractées ou les rapports de famille une fois nés, ne tient et ne peut tenir compte de ces mouvements d'humeur, ou du moins elle ne saurait permettre que la passion et la fantaisie prévalent sur les liens de droit les plus solennels.

Ainsi, aucune assimilation exacte entre le contrat ordinaire et l'union conjugale, et par suite, on ne peut appliquer à celle-ci les règles admises en matière de résiliation des conventions.

D'ailleurs, on ne rencontre pas ici l'une des conditions générales exigées par le législateur pour que la résiliation d'un contrat soit possible; il faut en principe que les choses puissent être remises au même état où elles étaient avant la formation de l'obligation. Or, qui ne voit que le mariage une fois consommé, si surtout plusieurs années se sont écoulées, la condition des deux époux s'est profondément modifiée? La femme a donné à son mari sa jeunesse et ses premières affections, elle s'est livrée sans réserve, et voilà qu'à la suite de quelques altercations, le mari déclare que la vie commune entre lui et sa compagne est devenue impossible. Qu'on veuille bien le remarquer, sous l'empire d'une loi qui autoriserait le divorce, l'époux qui a pris le parti de s'en prévaloir ne négligera rien pour mettre son conjoint dans la nécessité de céder à ses désirs en l'accablant d'outrages. Si la loi l'interdit, les deux époux se montreront plus circonspects; ils se feront des concessions réciproques, certains qu'ils sont que leurs caprices ne peuvent aboutir à une rupture définitive, et ils reculeront devant les derniers excès. C'est dans ce sens que Chrestien de Poly, cité par M. Tissot, écrivait : « Le divorce augmente le nombre des unions mal assor-« ties..... il bannit du mariage les égards mutuels. »

Enfin que deviendra la femme qui aura été réduite par les torts de son mari, à faire prononcer le divorce? N'est-il

Digitized by Google

pas injuste que l'épouse, « entrée dans la famille avec la jeu-« nesse et la fécondité, puisse en sortir avec la stérilité et la « vieillesse (de Bonald)? » Comment sera-t-elle jugée par l'opinion publique? Dira-t-elle qu'elle veut chercher dans une autre union le bonheur qu'elle n'a pas rencontré dans la première? Sera-t-on bien convaincu qu'elle est absolument à l'abri de tout reproche? Trouvera-t-elle un homme qui consente à rencontrer face à face le premier mari qui a possédé sa femme avant lui? Je ne parle pas de celle contre laquelle le divorce aura été prononcé par sa faute. Alors même que ses torts n'auraient pas le caractère le plus grave, son mariage une fois dissous, cette femme sera à jamais dégradée; elle aura perdu tout espoir de reconquérir l'estime publique, tandis qu'une réconciliation avec un mari, après une simple séparation de corps, suffirait souvent pour la réhabilitation.

Dans l'un comme dans l'autre cas, nos mœurs, ou si l'on veut, nos préjugés élèvent une barrière à peu près infranchissable entre la femme divorcée et le reste de la société. Quant au mari, il lui reste mille chances, malgré les torts qu'il aurait eus, soit de trouver une compagne, soit de conserver la position et le rang qu'il doit à l'emploi de ses facultés.

Il y aurait donc inévitablement une profonde inégalité entre l'un et l'autre conjoint; et à quelque point de vue que l'on se place, la loi qui rétablirait le divorce serait pour la femme une source d'humiliations; elle ne serait appliquée qu'au profit du mari. Au contraire, quels que soient les inconvénients de la législation qui n'offre aux époux contre les excès les plus graves qu'un remède incomplet dans la séparation de corps, elle est plus équitable et ménage mieux la dignité de la femme.

Ceci tient à une cause plus profonde que Hegel a mise en relief avec beaucoup de sagacité. Le mariage en effet n'est pas le *seul but* de l'homme ici-bas. Il a d'autres devoirs à remplir envers l'État: la science, l'industrie, la lutte contre le monde extérieur offrent une vaste carrière à son activité. Mais la femme est avant tout épouse et mère; elle trouve dans ce cercle restreint (pour traduire fidèlement l'expression du philosophe allemand), sa détermination essentielle et son expression morale, ou en d'autres termes elle trouve

Digitized by Google

l'emploi légitime de ses facultés et sa meilleure récompense dans l'accomplissement de ses devoirs domestiques.

Il faut donc convenir que la nature des choses fait aux deux époux une condition différente : au moment où ils s'unissent par le mariage, la femme a plus d'intérêt que son mari au maintien de l'indissolubilité du lien, et par une conséquence nécessaire, le législateur qui autorise le divorce se montre défavorable à l'épouse dont l'enjeu et les chances de perte, si l'on peut ainsi parler, sont plus considérables.

Nous supposerons que sur cent cas de divorce qui autoriseraient les femmes à le faire prononcer contre leur mari, quatre-vingts reculeraient devant une rupture, tandis que dans l'hypothèse inverse, vingt hommes seulement hésiteraient à s'en prévaloir. Il résulterait de ce fait que, pour le plus grand nombre des femmes, leurs scrupules religieux ou moraux auraient tout l'effet d'une prohibition légale, et que les dispositions du Code qui les autoriseraient à divorcer seraient comme non écrites.

Vainement dira-t-on que le droit étant proclamé dans la loi, chacun est libre d'en user. Il resterait à décider s'il est sage d'édicter un principe dont la majorité, composée des personnes les plus dignes de faveur, serait résolue à ne pas en réclamer l'application.

En allant au fond des choses, on comprend ce qui se passerait lors du contrat : un homme et une femme déclarent s'engager dans un lien indissoluble; cependant, à la faveur de la loi sur le divorce, il s'y glisse une condition résolutoire, une réserve au profit du mari qui pourra s'en prévaloir et qui en usera, le cas échéant. Pour l'épouse qui n'a pas l'intention de l'invoquer, cette réserve n'existe pas en réalité : elle est évidemment dupe d'un malentendu. Enfin, si les époux ont fait bénir leur union par l'Église, cette épouse qui a dû croire que son mari se soumettait à la loi religieuse et respecterait l'indissolubilité du lien conjugal, est indignement trompée. Il appartient au législateur de décider s'il convient de consacrer une iniquité aussi manifeste, iniquité qui se révélerait très-fréquemment si le divorce pouvait être demandé pour cause d'incompatibilité d'humeur.

Les arguments secondaires par lesquels on défend habituellement le divorce, n'ont d'ailleurs rien de bien décisif,

Digitized by Google

Est-il exact de supposer que les époux se choisiront avec plus de circonspection, et qu'ils auront l'un pour l'autre plus de ménagements, du moment où la menace d'un divorce sera présente à leur esprit? Il me semble que l'espoir de l'obtenir est au contraire un encouragement dangereux qui peut pervertir une volonté peu délicate. Mais au point de vue où l'on se place, la séparation de corps et celle de biens qui en est la conséquence sont une sanction suffisante. L'époux contre lequel elle est prononcée peut être privé de la garde de ses enfants; il est dépouillé des avantages stipulés à son profit dans le contrat de mariage. Le mari perd l'administration des biens de sa femme; celle-ci peut être condamnée pour adultère, etc... Si l'on trouve ces sanctions insuffisantes, le législateur a le moyen de les compléter sans porter atteinte à l'indissolubilité du mariage.

La population augmentera-t-elle par l'effet du rétablissement du divorce? je ne sais. Le nombre des séparations est de 1,219 en moyenne par an. Supposons, ce qui est fort douteux, qu'il dut se produire un nombre égal de divorces, et que la moitié des époux divorcés contractât un second mariage. On compterait en tout cinq à six cents mariages de plus sur une population de 36 millions d'habitants. Il est d'ailleurs singulier que le nombre des mariages soit moins considérable dans les pays protestants, où le divorce est admis, que dans les pays catholiques. La France compte 4,004 individus mariés sur 10,000 habitants, l'Espagne 3,654, l'Italie 3,523, tandis que l'Angleterre n'en compte que 3,448, la Prusse, 3,323, la Hollande, 3,163, etc. (V. les tableaux publiés par M. Tissot).

L'accroissement du nombre des naissances illégitimes, et l'aversion pour le mariage que suppose ce résultat, tiennent-ils à notre système de législation? On ne saurait l'affirmer: si le nombre des naissances illégitimes s'est accru depuis 1816, mille causes diverses y ont contribué, notamment l'abandon des campagnes, l'accumulation des populations ouvrières dans les villes, la déplorable promiscuité qui en résulte, le goût immodéré du bien-être qui détourne plusieurs célibataires du mariage, etc.

Je crains que les partisans du divorce ne soient trop frappés des vices du régime en vigueur, et ne perdent de vue les dan-

Digitized by Google

gers de celui qu'ils voudraient voir renaître. En résumé, si le rôle du législateur consiste à procurer le plus grand bien compatible avec l'état des mœurs, ou à éviter le plus grand mal, notre législation sur le mariage, tout imparfaite qu'elle est, paraît plus conforme à l'opinion publique, et présente moins d'inconvénients que la réforme proposée. Cette question d'ailleurs comporte plus d'un doute.

Si l'on ne consulte que les principes abstraits du droit, la solution n'est guère moins douteuse, et celle qui consacre l'indissolubilité du mariage est évidemment plus conforme à la définition légale de l'union conjugale ou à l'intention des parties contractantes que l'opinion opposée. Nous terminerons cet examen par une citation empruntée à un publiciste éminent, aussi ennemi du formalisme que sincère ami de la liberté, et dont l'autorité est assurément capable de faire hésiter les esprits les plus indépendants.

« En établissant une barrière perpétuelle entre les époux, le protestantisme a méconnu, ce semble, cette charité inépuisable qui espère toujours le retour de la brebis égarée. Le divorce, quelque sévères que soient ses conditions, sera toujours une mauvaise institution, car par égard pour un individu qui souffre, il ébranle tous les mariages par le danger de l'exemple, compromet l'avenir des enfants, s'oppose à la réconciliation qu'amènent le temps et le repentir, et jette dans les unions les plus saintes un ferment de discorde qui peut lever tôt ou tard [1]. » SIMONNET.

NÉCROLOGIE.

MORT DE M. THOMAS,

AGRÉGÉ A LA FACULTÉ DE DROIT DE RENNES.

Par M. WORMS, agrégé à la Faculté de droit de Rennes.

La Faculté de droit de Rennes vient de perdre un de ses plus vaillants agrégés, M. Thomas, qu'une affection de poitrine a enlevé dans sa trente-et-unième année à ses collègues, qui étaient pour lui autant d'amis, et à l'enseignement

[1] Laboulaye, *Recherches sur la condition civile et polit. des femmes*, etc., p. 294.

Digitized by Google

du droit commercial, qu'il honorait par son zèle et son savoir. Il nous a quittés sans avoir connu de la vie guère autre chose que ses luttes et ses tristesses, car outre cette maladie, dont son énergie morale ne parvenait de temps à autre qu'à masquer la marche irrésistible, il avait dû dépenser jusqu'ici les efforts les plus soutenus dans ces tournois redoutés des concours, dont il était sorti vainqueur et dans l'élaboration d'un cours où il avait su conquérir la confiance cependant généralement si rétive de nos jeunes auditeurs universitaires.

C'est au moment où il pouvait entrevoir quelques loisirs, dus à tant d'efforts accumulés, et si nécessaires à sa délicate constitution, qu'un redoublement du mal est venu l'obliger à interrompre ses occupations professionnelles, à abandonner même certains projets scientifiques, dont il avait fait part à ses intimes avec une sérénité parfaitement inconsciente de son état, et à aller chercher au sein de sa famille et sous le ciel plus doux de Dijon, sa ville natale, un apaisement à ses souffrances, qu'il trouva en effet, quelques semaines plus tard, dans la mort. Mais bien qu'ayant vécu quatre ans tout au plus dans ce milieu savant auquel il appartenait, son passage laissera des traces dans le souvenir de ses élèves et de ses collaborateurs, en raison de deux de ses qualités les plus éminentes, la profondeur avec laquelle, notamment aux examens, il remuait une question jusque dans ses entrailles, et une grande indépendance d'esprit et de jugement, sans laquelle il n'y a pas de valeur scientifique réelle. Quant à ses amis, ils lui connaissaient bien d'autres titres encore : la sûreté des rapports qui se manifestait même extérieurement par une grande sobriété de langage, un attachement inébranlable à ses amitiés et à ses croyances, et de plus un attrait particulier de sa personne, cet accompagnement souvent observé des natures débiles et souffreteuses! Qu'il me soit donc permis, après avoir eu en lui un collègue sympathique et un bon camarade, de venir publiquement aujourd'hui payer la dette sacrée de l'affection et de la science, en rendant sur sa tombe, a peine fermée, un juste hommage à son noble caractère et à ses efforts méritants.

ÉMILE WORMS.

Digitized by Google

EXAMEN CRITIQUE DE LA JURISPRUDENCE DU CONSEIL D'ÉTAT

EN MATIÈRE DE FIXATION DES LIMITES DES RUES, DES ROUTES, DES RIVAGES DE LA MER ET DES RIVIÈRES NAVIGABLES.

Par M. SERRIGNY, doyen de la Faculté de droit de Dijon.

Depuis quelques années, le Conseil d'État actuel a complétement abandonné la jurisprudence de l'ancien Conseil d'État royal, du tribunal des conflits et sa propre jurisprudence en matière d'alignements le long des rues, des routes, des rivages de la mer et de ceux des rivières navigables, pour se créer une nouvelle jurisprudence qu'il considère comme plus favorable aux droits individuels. Pour moi je suis convaincu que le conseil sacrifie, au contraire, et les prérogatives de l'administration dont il se montre, en un point, le gardien peu vigilant, et, en un autre point, les droits des particuliers sous prétexte de les protéger. Il faut que le besoin d'innover, qui travaille les têtes en France soit bien grand, puisqu'il semble s'être emparé d'un corps aussi grave et aussi conservateur que devrait l'être le Conseil d'État.

Avant d'exposer les deux points sur lesquels je me propose de faire porter mes critiques, il est nécessaire, pour être mieux compris, de remonter aux textes et aux principes qui gouvernent les alignements, c'est-à-dire la fixation des limites, des routes, de la mer, des rues et places, des chemins vicinaux et des rivières navigables.

Les alignements *généraux* ou les plans des routes se font par des décrets impériaux. Voir, en ce sens, arrêt du conseil du 27 février 1765, qui porte : « Les alignements pour con-« structions ou reconstructions des maisons,.. étant le long « et joignant les routes construites par ses ordres... ne pour-« ront être donnés que... *en se conformant*... aux plans levés « et arrêtés par les ordres de sa Majesté... » Cette disposition, implicitement conservée par la loi du 16 septembre 1807, article 52, n'a point cessé de subsister.

Il en est de même des alignements *généraux*, ou de la détermination des limites de la mer. V. décret législatif du 2 février 1852, article 2.

Les alignements *généraux* des rues et places et des chemins

Digitized by Google

vicinaux se font par des arrêtés préfectoraux. Loi du 18 juillet 1837, article 19, n° 7, et article 20, décret du 25 mars 1852, tabl. A, n° 50; L. du 21 mai 1836, article 15.

Les alignements *spéciaux* se font : pour les routes, par les préfets. L. 22 décembre 1789, section 3, article 2, n° 6; L. 7-14 octobre 1790, n° 1;

Pour les déclarations de domanialité du domaine public maritime, par les mêmes administrateurs, décret 21 février 1852, article 2;

Pour les limites des rues et places des villes, bourgs ou villages, par les maires. Édit de décembre 1607, article 4; L. 16-24 août 1790, titre 11, article 3, n° 1; L. 16 septembre 1807, article 52; L. 18 juillet 1837, article 10, n° 1.

Qu'est-ce que donner un alignement? c'est aligner. Qu'est-ce qu'aligner? Tous les dictionnaires le disent : *aligner*, c'est dresser sur une même ligne. Le maçon vous dira que c'est dresser un mur; le menuisier que c'est dresser une planche; le jardinier que c'est dresser les lignes de plants de salade ou d'autres légumes. Le soldat comprend dans le même sens le commandement de son chef, quand celui-ci dit : « à droite alignement! » Ainsi les maçons, les menuisiers, les jardiniers, les soldats, c'est-à-dire tous ceux qui entendent et parlent français comprennent également le sens des mots *alignement*, *aligner*. S'il y a dans la langue française des mots qui ne soient point équivoques, ce sont ceux-là.

Le législateur, pour être compris, doit prendre les mots dont il se sert dans le même sens que le public. C'est ce qu'a fait le bon roi Henri IV, dans son édit de décembre 1607, article 4, quand en s'adressant à son grand voyer, il a dit : « Et « en baillant par lui les alignements, redressera les murs là « où il y aura ply ou coude. » L'article 50 de la loi du 16 septembre 1807 dit la même chose, en parlant du propriétaire qui fait démolir sa maison, ou qui est forcé de la démolir pour cause de vétusté : « il n'a droit à indemnité que pour la « valeur du terrain délaissé, *si l'alignement qui lui est décerné* « *par les autorités compétentes* LE FORCE A RECULER SA CONSTRUCTION. »

Le Conseil d'État, dans l'avis de ses comités de l'intérieur et du contentieux, du 6 avril 1824, a dit la même chose : « que, dans les villes, bourgs et villages où il n'existe pas de

Digitized by Google

« plan général d'alignement arrêté en Conseil d'État, le « droit de donner les alignements appartient au maire,...; « *que le maire peut, en conséquence de ce droit,* FAIRE RECULER « LES CONSTRUCTIONS dans un intérêt d'assainissement, de « sûreté et d'amélioration locale, *sous la réserve du règlement « d'indemnité pour perte de terrain...*, V. le texte entier de cet avis dans le *recueil des arrêts du Conseil d'État,* par Macarel et Lebon, année 1836, page 133.

La Cour de cassation, le Conseil d'État, le tribunal des conflits se sont conformés aux règles tracées par cet avis, si plein de sens et de raison, de 1824 à 1862. Cette doctrine était suivie sans contestation, sans réclamations dans la pratique, lorsque tout d'un coup, sur les recours d'un ancien président du tribunal de Beaune, bien connu dans le ressort de la Cour de Dijon, le Conseil d'État, frappé de ce besoin d'innover qui fermente dans les têtes des Français, a subitement abandonné tous les textes, toutes les traditions, en décidant, le 5 avril 1862 (*Lebrun*) : que, en l'absence de plans généraux ou partiels, les maires ne peuvent, en donnant un alignement faire varier les limites et obliger un riverain de reculer sa construction, sauf à obtenir une indemnité pour le terrain abandonné à la voie publique.

Cet arrêt, qui viole, à mon sens, de la manière la plus évidente les textes des lois et l'avis du 6 avril 1824, cités plus haut, non moins que le sens des mots *alignement*, *aligner*, en réduisant l'alignement à un *bornage* et en faisant de l'autorité municipale un juge de paix qui statue sur une action en bornage entre voisins, a été le point de départ de toutes les aberrations dans lesquelles s'est jeté le Conseil d'État en ces matières depuis 1862.

La première fois que j'ai critiqué cet arrêt, je disais notamment : « Si le maire, appuyé sur la délibération du conseil « municipal, ne peut pas faire varier la limite en donnant un « alignement dans une rue sans plan, je demande comment « le préfet aura ce pouvoir le long des grandes routes ou dans « une rue traversée par une grande route? »

Le Conseil d'État a senti le reproche d'inconséquence entre la petite et la grande voirie, inconséquence qu'introduisait son arrêt du 6 avril 1862, et, au lieu de revenir à la règle en abandonnant une solution vicieuse, il a étendu son revire-

Digitized by Google

ment de jurisprudence aux arrêtés des préfets, relatifs aux alignements en matière de grande voirie. V. 10 février 1865 (*Sanmartin*); 25 mars 1867 (*Valleran*). Ces arrêts décident que, « si le préfet avait le droit, en l'absence d'un plan général « d'alignement approuvé par l'autorité compétente, de « donner un alignement partiel..., il ne pourrait donner cet « alignement *que suivant la limite actuelle de la voie publique* « et sans qu'il en résultât aucun élargissement de cette « voie... »

Par ces nouvelles décisions, le conseil semble avoir voulu dire : — Vous nous accusiez d'inconséquence; ce reproche tombe pour l'avenir; vous voyez que nous ne reculons pas devant le nouveau principe inauguré par l'arrêt *Lebrun* de 1862, puisque nous appliquons la même solution aux routes qu'aux rues, à la grande voirie, qu'à la petite voirie.

D'après cette nouvelle jurisprudence, il n'y a plus lieu à l'application de l'avis du conseil du 6 avril 1824 aux cas d'alignements partiels donnés par le maire, en l'absence de plans généraux; puisque la limite ne peut plus varier, les riverains ne peuvent plus être obligés de reculer leurs constructions, à la charge d'être indemnisés par les communes, par l'État ou les départements, selon que la voie publique est communale, nationale ou départementale. Si, d'aventure, l'autorité municipale ou les préfets s'écartent de l'observation de cette règle, ils y sont ramenés par le Conseil d'État au moyen du recours pour excès de pouvoir.

Voilà ce qui a lieu depuis 1862 pour les rues, et depuis 1865 pour les routes. L'autorité judiciaire n'a plus guère à voir aux cas d'alignements *partiels*, pour ces voies, sauf lorsqu'il s'agit de chemins vicinaux, pour lesquels l'article 15 de la loi du 21 mai 1836, qui est le type parfait des lois en matière de voirie, reçoit toute son application. Ce texte, qui concilie admirablement les attributions de l'autorité administrative et de l'autorité judiciaire, en permettant à la première de prendre le terrain nécessaire *à l'élargissement* et en laissant à la seconde la déclaration de propriété et de l'estimation de l'indemnité, ce texte, disons-nous, est trop clair et trop formel pour que le Conseil d'État ait osé y porter atteinte, il résume sous une admirable formule, toute la législation en matière d'alignement, tandis qu'aujourd'hui ce n'est

Digitized by Google

plus qu'une anomalie et presque une tache au milieu de la nouvelle jurisprudence.

Poursuivons maintenant l'examen de la jurisprudence au sujet de la détermination des rivages de la mer et de ceux des rivières navigables.

Jusqu'à ces dernières années, la jurisprudence du Conseil d'État et celle de la Cour de cassation étaient conformes à celle établie pour les voies de terre, c'est-à-dire que l'administration fixait les limites, et si elle englobait, par sa délimitation, des terrains appartenant aux riverains, ceux-ci avaient le recours à l'autorité judiciaire pour la déclaration du droit de propriété et l'estimation de l'indemnité.

Cette division des pouvoirs et cette application de la séparation des attributions des autorités administrative et judiciaire, était l'application aux domaines publics maritime et fluvial de ce qui se pratiquait pour les parties du même domaine public dépendant des voies de terre. D'abord il y avait un argument *à fortiori* pour laisser à l'administration le pouvoir discrétionnaire de reconnaître et de fixer les limites de la mer et des rivières navigables. Est-il possible de concevoir une action en bornage devant les tribunaux pour statuer sur une demande en fixation de ces limites? Le seul énoncé de cette idée révolte le sens pratique de tout homme qui a les moindres notions de droit administratif ou judiciaire. Les arrêts du Conseil d'État sur ce point sont si nombreux pour les cours d'eau navigables, que je me dispense de les citer, me bornant aux décisions du tribunal des conflits. V. trib. des conflits, 3 avril 1850 (*veuve Deherrypon*); 30 juillet *id.* (*Magnin*); 5 novembre *id.* (*de Béthune*); 27 février 1851 (*Aubry*); 23 avril *id.* (*ville de Marseille*).

Pour les délimitations des rivages de la mer, avant le décret du 21 février 1852, les préfets agissaient comme pour la délimitation des fleuves et rivières navigables. V. 18 mars 1842 (*Langlade*); 17 décembre 1847 (*Gallifet*). Nous avons vu plus haut que ce décret a enlevé aux préfets le pouvoir de délimitation pour le centraliser aux mains du chef de l'État, ne laissant aux préfets, ses subordonnés, que les opérations préparatoires et les déclarations de domanialité relatives au domaine public maritime.

La détermination des limites des rivières et des rivages de

Digitized by Google

la mer, faite par l'administration, a-t-elle lieu, sans préjudice du droit des tribunaux judiciaires, de déclarer la propriété des riverains sur certaines parcelles de terrains, renfermées par les actes de l'administration et que les riverains soutiendraient leur appartenir, sauf à convertir ce droit de propriété, s'il était reconnu, en une indemnité à leur payer? Cette question semble offrir plus de difficulté que pour les parcelles de terrains joignant les voies de terre, par la raison que les voies de terre sont entièrement le résultat du travail des hommes, tandis que, pour les eaux des rivières navigables et de la mer, il semble que leurs limites soient indépendantes de la volonté humaine et qu'elles soient uniquement le résultat du caprice des eaux qui, semblables au censiteur romain [1], ôtent et donnent les propriétés à leur caprice, ou plutôt selon les lois physiques qui les régissent.

Nonobstant ces raisons, jusqu'à ces derniers temps, la jurisprudence du Conseil d'État, celle du tribunal des conflits et de la Cour de cassation réservaient aux tiers toutes leurs actions devant les tribunaux pour faire déclarer leur droit de propriété et obtenir une indemnité, s'il était déclaré et reconnu. V., en ce sens, trib. des conflits 20 mai 1850 (*Fizer*); 21 juin 1850 (*Dihinx*); 22 novembre 1851 (*Roger*); Cour cass., 23 mai 1849; Sir.-Dev., 51, 1, 120; 14 mai 1866; Sir.-Dev., 66, 1, 297. Voici le motif saillant de ce dernier arrêt :

« Attendu que cette décision (celle de l'arrêt attaqué)... n'a « eu pour objet la *reconnaissance du droit de propriété que* « *comme base de l'indemnité à laquelle Aurousseau pouvait avoir* « *droit par suite de la délimitation faite;* qu'elle ne porte « donc pas atteinte au pouvoir attribué à l'État de fixer les « limites du lit des fleuves, *sauf l'indemnité afférente aux* « *droits de propriété qui pourraient être atteints par cette déli-* « *mitation....* » V. dans le même sens, Paris, 7 avril 1868; Sir.-Dev., 1868, 2, 309.

Le Conseil d'État avait partagé cette opinion; mais à partir d'une époque récente, il refuse de reconnaître aux riverains la faculté de recourir aux tribunaux pour faire statuer sur leurs droits de propriété, sauf à convertir ce droit, s'il est déclaré, en une indemnité pécuniaire. Le seul remède qu'il

[1] Dig., L. 30, § 3, *De adq. rer. dom.*

Digitized by Google

leur accorde, c'est un recours pour excès de pouvoir pardevant lui, à l'effet de faire annuler, s'il y a lieu, l'arrêté de délimitation qui attribue indûment au fleuve ou à la mer le terrain du riverain. V. 12 juillet 1866 (*Follin*); 13 décembre 1866 (*Coicaud*); *id.* (*Richet*); et conclusions de M. Aucoc dans l'arrêt du 13 *id.* (*Gaffette*). Je dis simplement conclusions de M. le commissaire du gouvernement, parce que l'arrêt présentait à juger une autre question, et que le Conseil ne s'est point ingéré dans la question de propriété des riverains.

On trouve bien plusieurs arrêts du Conseil antérieurs à 1866, qui ont admis le recours pour excès de pouvoirs contre des arrêtés administratifs contenant détermination de la limite des rivières navigables ou des rivages de la mer, tels que le célèbre arrêt *Drillet de Lanigou*, du 27 mai 1863 et celui du 3 décembre même année (*Meurillon*); mais ces arrêts ne me semblent pas exclusifs de la compétence judiciaire par cela seul qu'ils ont déclaré recevable le recours au contentieux pour cause d'excès de pouvoirs. On conçoit, en effet, qu'après avoir jugé, en 1862 et en 1865, que les arrêts d'alignements *partiels* des maires et des préfets ne pouvaient plus faire varier la limite des rues et des routes, le Conseil d'État ait admis la même solution pour la délimitation de la mer et des rivières; il n'y avait qu'un argument *a simili* et même *a fortiori*, à tirer, pour arriver à cette nouvelle conséquence. En effet, si l'administration est réduite à donner une reconnaissance purement déclarative de l'état des lieux en matière de voies de terre, à plus forte raison n'a-t-elle pas plus de pouvoirs en matière de voies d'eau, dans les limites desquelles la nature joue le plus grand rôle.

On voit, d'après ce qui précède, que tout se tenait et formait un système complet d'après l'ancienne jurisprudence, à laquelle la Cour de cassation et les Cours judiciaires se montrent fidèles, de même que tout se relie en un seul faisceau d'après la nouvelle jurisprudence du Conseil d'État. Rien de plus clair que l'ancien système, l'administration et les tribunaux se meuvent librement dans leur sphère, l'une déclare les limites et l'autre les droits de propriété; dans le nouveau système du Conseil d'État, l'administration déclare les limites, mais il ne reste aux parties que le recours pour excès de pouvoirs au Conseil d'État par la voie contentieuse, si l'ad-

Digitized by Google

ministration a bien ou mal opéré et si elle a englobé dans le domaine public des terrains privés; nul recours ne leur est ouvert devant les tribunaux pour faire reconnaître et déclarer leur droit de propriété, sauf à le convertir en une indemnité.

Il ne nous reste plus qu'à rechercher lequel de ces systèmes se trouve être le plus conforme aux textes des lois, aux principes de notre droit public administratif, et du droit commun, et lequel offre le plus de garantie aux droits de l'administration et à ceux des particuliers.

Je regrette beaucoup de rencontrer devant moi dans cette discussion M. L. Aucoc, le savant commissaire du gouvernement, dont personne n'estime plus le caractère et l'aménité, et avec lequel mes relations sont excellentes. Il a l'esprit trop bien fait et trop large pour ne pas souffrir la contradiction quand elle est loyale et de bonne foi. Je dirai donc ici, *amicus Plato, sed magis amica veritas.*

Cela posé, j'aborde la discussion des deux questions posées au commencement de cette dissertation. Je ne dirai que quelques mots de la première question, celle relative au point de savoir si l'administration qui donne un alignement partiel aux riverains des voies de terre, peut faire varier la limite, en l'absence de plans généraux. Ici, ce ne sont pas les droits individuels qui sont en souffrance, puisque la jurisprudence du Conseil ne refuse pas aux riverains le droit de recourir aux tribunaux pour faire reconnaître leurs droits de propriété, sauf à exiger de l'administration, si elle veut acquérir le terrain reconnu aux riverains, à employer la voie de l'expropriation pour utilité publique dans tous les cas où l'article 15 de la loi du 21 mai 1836 n'est point applicable, c'est-à-dire pour toutes les voies de terre autres que les chemins vicinaux. Je suis beaucoup plus administratif que le Conseil d'État, puisque je donne à l'administration le pouvoir de faire varier la limite.

On me demande des textes. Je réponds en indiquant ceux qui sont cités en tête de cet écrit, et qui me semblent plus clairs que la lumière du jour. Le Conseil d'État feint de ne pas les connaître; il n'y a jamais répondu, parce qu'il est impossible d'y faire une réponse raisonnable. Il est plus commode de les réputer non existants.

A la rigueur, je comprends le nouveau système du Conseil

Digitized by Google

quand il s'agit de la voirie urbaine : il dit aux administrations municipales : Faites procéder à la confection d'un plan général, et alors vous pourrez faire varier la limite. Mais cette réponse ne me paraît guère suffisante en matière de grande voirie. Quand un riverain s'adresse au préfet pour demander l'alignement le long d'une route, et que celui-ci pense qu'il y a lieu de faire reculer ce riverain, conçoit-on que l'administration soit obligée de faire procéder à un plan général de la route? S'il fallait recourir à ce moyen extrême toutes les fois que le préfet, saisi d'une pétition en alignement partiel, veut faire varier la limite, l'administration deviendrait impossible. Mais heureusement pour elle que les riverains ne se doutent pas de toute la faveur que le Conseil d'État leur accorde et que, la plupart du temps, ils s'en rapportent à la décision du préfet qu'ils supposent infaillible, ou qu'ils n'osent pas se lancer dans une réclamation dont ils ne connaissent pas les détours.

Sur cette première question, comme ce ne sont que les droits de l'administration qui sont sacrifiés, je fais comme Pilate, je m'en lave les mains. Si les préfets se conformaient rigoureusement à la jurisprudence actuelle du Conseil d'État pour les alignements le long des routes sans plan, il pourrait y avoir autant de zigzags qu'il y a de propriétaires aboutissant à ces voies publiques, puisque l'alignement administratif, donné à l'un n'est qu'un *bornage*, qui ne fait pas loi pour son voisin plus instruit ou plus récalcitrant.

J'arrive maintenant à la seconde question posée en commençant, et qui est, je ne dis pas la plus difficile, mais la plus importante que présente le droit administratif dans son état actuel. Suivant le Conseil d'État, le riverain de la mer ou des rivières navigables n'a qu'un seul remède, le recours au Conseil d'État pour excès de pouvoirs; suivant la Cour de cassation, il a, en outre, l'action devant les tribunaux pour faire déclarer son droit de propriété et, le cas échéant où son droit est reconnu, il en obtient la valeur.

Là-dessus, on nous dit : Dans le système de la Cour de cassation et des Cours judiciaires, le riverain est dépossédé par un simple arrêté préfectoral, sans aucune formalité préalable, et l'indemnité qui lui est due ne sera pas réglée par le jury, ne sera pas payée préalablement à la dépossession. Dans

Digitized by Google

le système du Conseil d'État, l'arrêté du préfet qui, en fixant les limites de la rivière navigable, englobe le terrain des riverains, est annulé pour excès de pouvoirs, car le préfet n'a que le droit de veiller à la conservation des rivières. S'il a pris le terrain des riverains, ce terrain leur est rendu, et ils ne peuvent en être dépouillés qu'en exécution de la loi du 3 mai 1841 sur l'expropriation pour cause d'utilité publique, c'est-à-dire avec les garanties que donnent les formes prescrites par cette loi, et après le payement préalable d'une juste indemnité. « Quel est celui des deux systèmes qui est « le plus respectueux pour la propriété privée? Quel est celui « qui est le plus exact, le plus conforme à la loi [1]? »

J'ai lu et comparé les systèmes, je suis propriétaire d'un certain nombre d'hectares de terre, et je n'hésite pas à répondre que je préfère cent fois les garanties du système de la Cour de cassation à celles du Conseil d'État, et qu'à mes yeux le premier système a l'évidence d'un théorème de mathématiques. Il y a, dans le droit administratif, des questions douteuses, sur lesquelles l'esprit flottant ne sait souvent quel parti prendre : telle est la question de savoir dans quel domaine il faut ranger les cours d'eau non navigables ni flottables. Dans presque toutes les questions qui ont divisé, avant l'institution du tribunal des conflits, le Conseil d'État et la Cour de cassation, j'ai donné raison au Conseil d'État, et le tribunal des conflits a adopté mon opinion sur tous les points, sauf un seul, la compétence en matière d'affouage. Dans le dissentiment actuel sur les limites des rivières, je n'hésite pas à donner tort au Conseil d'État.

Est-il vrai, d'abord, que sa jurisprudence offre plus de garanties aux riverains? Évidemment non. Il est infiniment commode pour les propriétaires riverains d'aller défendre leur droit de propriété devant le tribunal de la situation de l'objet litigieux, qui est à leur portée, près duquel sont des avoués et des avocats qu'ils pourront voir et consulter, devant des juges qu'ils peuvent connaître, d'assister à l'audience où ils entendent discuter leurs moyens. Ces juges sont accoutumés au respect des droits individuels; ils sont enclins

[1] V. la conclusion de la dissertation de M. L. Aucoc dans la *Revue critique de législation*, t. XXXIV, p. 135.

Digitized by Google

à les défendre et à les protéger contre les envahissements de l'administration. Chacun de ces juges se dit, en entendant plaider devant lui une pareille cause : Demain, moi ou les miens, nous pouvons nous trouver dans une position semblable à celle des plaideurs qui discutent devant nous leurs intérêts ; il ne faut pas rendre des décisions qui pourraient servir d'armes contre nous ; c'est bien assez que ces plaideurs soient dépouillés, malgré eux, par les agents de l'administration, de leurs propriétés, sauf à convertir ces droits en une indemnité. Ne refusons pas à ces malheureux plaideurs notre protection pour obtenir cette indemnité, la seule chose que nous puissions leur conserver.

Renversons la médaille. Dans le système du Conseil d'État, le riverain qui croit sa propriété englobée dans le lit de la rivière navigable ou dans les rivages de la mer, est obligé de s'attaquer au préfet, soutenu par les ingénieurs, et de s'adresser au Conseil d'État, pour excès de pouvoirs, soit directement, soit en passant par l'intermédiaire du ministre. On connaît l'extrême morcellement de la propriété foncière et le nombre infini des cotes foncières. Combien y a-t-il de propriétaires qui oseront affronter une pareille entreprise ? Je sais bien que, pour faciliter l'accès de son prétoire, le Conseil d'État a fait rendre le décret du 2 novembre 1864, dont l'article 1er ouvre la porte de ses audiences sans frais à ceux qui en demandent l'entrée, armés du moyen d'excès de pouvoirs. Mais les malheureux dépouillés connaissent-ils cette voie, et, quand ils la connaîtraient, combien y en a-t-il qui oseraient ou qui pourraient la suivre ? Et puis, est-ce une voie commode, surtout pour ceux qui demeurent loin de Paris ? Dites-donc aux habitants des Hautes et des Basses-Alpes, des Pyrénées-Orientales ou Occidentales, qu'ils doivent aller à Paris pour défendre leur champ devant le Conseil d'État ; qu'il y a près de ce haut tribunal soixante avocats habiles, entre lesquels ils peuvent choisir celui qu'ils voudront charger de les défendre. Vous verrez ce qu'ils vous répondront. Si l'on voyage vite par les chemins de fer, on ne voyage pas économiquement, et l'on a bientôt mangé le revenu, et souvent le capital d'une parcelle de terre litigieuse couverte par les eaux.

Je sais parfaitement que depuis son organisation actuelle,

Digitized by Google

le Conseil d'État se montre favorable aux droits individuels, précisement parce qu'il est omnipotent et qu'il domine les ministres, au lieu d'être dominé par eux comme cela avait lieu sous l'empire de la Charte. Mais l'omnipotence n'exclut pas le désir d'agrandir sa compétence. Tous les individus et tous les corps sont ainsi faits qu'ils cherchent à étendre leurs attributions; plus ils en ont et plus ils veulent en avoir. L'espèce humaine est faite de la sorte et l'histoire prouve que, dans tous les temps, le Conseil d'État de nos rois n'a pas été exempt de cette infirmité de l'espèce humaine. Dès le XV^e^ siècle, il avait envahi la justice contentieuse, et les états généraux, assemblés à Tours en 1483, émirent le vœu de voir créer un corps spécial chargé de rendre la justice usurpée par le Conseil d'État. Il fut fait droit à ce vœu, sous Charles VIII, et le Grand Conseil sortit du Conseil d'État, et fut organisé par des ordonnances de 1497 et 1498.

Toutefois, comme le contentieux administratif tient essentiellement à l'administration, le Conseil d'État en conserva une partie, et, à l'aide de cette partie, il reconquit de nouveau le tout; et Loyseau y voyait déjà le présage d'un tribunal futur, qui en sortit en 1790 sous le nom de *Cour de cassation.*

Sous la forme du recours *pour excès de pouvoirs*, le Conseil d'État actuel tend à mettre la main sur toutes les affaires. Cette voie ne devrait être qu'un moyen analogue au recours en cassation, qui est exclusif de l'examen des moyens du fond. Le Conseil d'État actuel en fait une voie d'appel; par ce moyen il se rend juge du fond de tous les actes de l'administration active et d'une partie des attributions de la justice judiciaire. Qu'il étende la main sur l'administration active, cela est évident pour ceux qui lisent attentivement les décisions, et il n'est pas besoin de sortir du cercle de notre discussion pour en avoir la preuve. La voie exclusive qu'il laisse aux victimes des envahissements des actes de l'administration qui fixent les limites de la mer et des fleuves, en est un exemple éclatant. Il ne devrait examiner qu'une chose, à savoir si les préfets ont fait ce qu'ils n'avaient pas le droit de faire, et, en cas d'affirmative, casser leurs arrêtés. Dans le cas contraire, il devrait dire qu'il n'échet, par lui, de statuer. Ce n'est pas ce qu'il fait, il se constitue juge du fond,

Digitized by Google

absolument comme une Cour d'appel qui se met à la place du tribunal pour dire ce qu'il fallait faire.

Voilà ce que j'avais à dire sur l'usurpation des pouvoirs du Conseil d'État sous prétexte de statuer sur un excès de pouvoirs des préfets.

Quant à la négation de la compétence des tribunaux judiciaires, elle constitue la violation la plus manifeste du principe fondamental de notre droit public, c'est-à-dire la séparation des pouvoirs administratif et judiciaire, qui laisse aux tribunaux le jugement des questions de propriété.

Pour justifier la négation de la compétence judiciaire, voici ce qu'on dit : « Quand le débat porte sur les limites actuelles « d'un cours d'eau navigable ou de la mer, si la délimitation « est indiscutable, la réserve des droits des tiers sera illu- « soire. L'État, en effet, ne peut pas être obligé de payer « une indemnité au riverain que le fleuve ou la mer a dé- « possédé!... Peu importe l'origine de la propriété. L'État « n'est pas responsable des conséquences du mouvement « naturel des eaux [1]. »

Voilà qui est archifaux au suprême degré, et tout le vice du système du Conseil d'État est condensé dans cette citation. L'objection serait fondée si l'État laissait couler les rivières dans leur état de nature; mais alors la navigation serait impossible la plupart du temps dans presque toutes nos rivières. Suivant M. Forcade de la Roquette, ministre des travaux publics, dans un discours prononcé au Corps législatif le 18 juillet 1867, nous avions à cette époque, 6,900 KILOMÈTRES de rivières canalisées (non compris 4,850 kilomètres de canaux)[2]. Or, je le demande au premier venu, est-il possible de canaliser 6,900 kilomètres de rivières sans élever le niveau des eaux? Est-ce la nature toute seule qui a fait ces travaux? Est-ce elle qui a construit les digues de la Loire et de tant d'autres rivières rendues navigables? Est-ce elle qui construit les ponts dont les culées rétrécissent la largeur du lit et, par suite, élèvent le niveau des eaux? Lorsque l'administration, après avoir fait exécuter tous ces travaux, vient mesurer le lit de la rivière, qui est toujours *id quod plenissimum flumen*

[1] V. *Revue critique de législation et de jurisprudence*, t. XXXIV, p. 130.
[2] V. *Moniteur* de 1867, p. 920, col. 1.

Digitized by Google

continet (L. 3, § 1, ff., *De fluminibus*), est-il possible de se borner à dire aux riverains : « L'État n'est pas responsable des « conséquences du mouvement naturel des eaux. » — « La ré- « serve des droits des tiers serait illusoire? » — Voilà cependant toute la satisfaction que la jurisprudence du Conseil accorde aux riverains ; car il est bien évident que le préfet n'a pas excédé ses pouvoirs en fixant la limite du fleuve à la hauteur nouvelle que les travaux publics lui ont donnée. S'il en était autrement et s'il fallait abaisser la rive à son ancien niveau, l'État aurait perdu son argent et le temps de ses ingénieurs en élevant le niveau des eaux. N'est-ce pas une amère dérision que de dire aux malheureux riverains de qui l'on a pris le terrain pour le mettre dans le lit de la rivière : « De quoi « vous plaignez-vous? Vous êtes trop heureux; nous vous « laissons le recours administratif pour excès de pouvoirs. Il « est vrai qu'il ne peut vous servir à rien du tout; car nous « dirons que le préfet n'a pas excédé ses pouvoirs. Nous vous « offrons encore une autre consolation, c'est de dire, après « que l'administration vous a dépossédés, sans formalités, par « le seul effet de ses travaux, que vous ne pouvez pas être « expropriés autrement que par l'application de la loi du « 3 mai 1841. Vous pouvez essayer de faire appliquer cette « loi ; on vous répondra que vous n'avez point de propriété « à exproprier. »

Voilà l'état misérable auquel le système actuel du Conseil d'État réduit les riverains. Il ne leur laisse, après les avoir dépouillés, que les yeux pour pleurer sur leurs pertes. La Cour de cassation et les Cours judiciaires disent, en pareils cas, aux riverains : « Nous allons examiner si, avant les travaux de l'administration, vous étiez propriétaire des terrains que vous possédiez et qui ont été incorporés dans le lit de la rivière, et si nous reconnaissons que votre prétention est fondée, nous ne pourrons pas vous les rendre en nature, parce que nous ne pouvons pas détruire les travaux opérés par l'administration et la fixation de limites faite par le préfet, la règle sur la séparation des pouvoirs judiciaire et administratif s'y oppose; mais nous vous donnerons un jugement déclaratif de vos droits, avec lequel vous obtiendrez au moins une indemnité, non préalable, mais juste.

Je dirai, à mon tour, avec confiance : Comparez les deux

Digitized by Google

systèmes en présence. Quel est celui des deux qui est le plus respectueux pour la propriété privée? Est-ce celui qui la prend sans payer et sans indemnité aucune, tout en protestant qu'il la respecte, ou bien celui qui se conforme à la réalité des faits, et qui donne un titre légitime au propriétaire évincé pour se faire payer par l'État, auteur de l'éviction?

On demande au propriétaire, qui recourt au jugement des tribunaux, des textes de loi pour appuyer sa prétention. Est-ce que ce n'est pas, dans notre droit public français, un principe fondamental hors de toute discussion, que les questions de propriété réelle sont réservées aux tribunaux judiciaires? Est-ce que le décret législatif du 2 février 1852, article 2, a pu entendre par ces mots : *tous les droits des tiers réservés*, autre chose que la réserve de la compétence judiciaire pour statuer sur les droits de propriété enlevés aux riverains par la détermination des rivages de la mer? Remarquez qu'à cette époque on était sous l'empire de la jurisprudence du tribunal des conflits, qui, pendant sa courte existence, avait rendu, l'année précédente, un grand nombre de décisions en ce sens (V. *suprà*, page 6). Les rédacteurs du décret de 1852 connaissaient parfaitement cette jurisprudence, que personne alors ne mettait en question. Qui aurait pu deviner, en ce temps, qu'un jour viendrait où le Conseil d'État restreindrait la portée de ces mots : *tous les droits des tiers réservés*, comme s'ils voulaient dire : *sauf aux tiers la voie du recours au Conseil d'État pour excès de pouvoirs*. Eh! qui jamais se serait avisé de donner ce sens à une pareille réserve? Où a-t-on jamais vu que le législateur avait réservé le recours par la voie contentieuse pour excès de pouvoirs, par une disposition spéciale de loi? Est-ce qu'il n'existe pas une disposition générale à ce sujet dans la loi des 7-14 octobre 1790?

On ajoute une autre objection qui n'a pas plus de valeur que celle-là, en disant : « Où trouvez-vous le texte de loi qui déroge à celle du 3 mai 1841 sur l'expropriation pour utilité publique, et qui permette à l'administration de déposséder les riverains sans l'observation de ces formes?

Voilà bien la plus plaisante objection qu'on puisse faire à un propriétaire dépouillé, au nom de l'administration qui a mis son terrain dans le lit de la rivière! Remarquez bien

Digitized by Google

comment tous ces débats s'engagent : ce n'est jamais qu'après que l'administration a, par ses travaux, incorporé au lit le terrain des riverains, que ceux-ci s'adressent, soit à elle, soit aux tribunaux, pour se plaindre et pour réclamer, soit leur terrain, soit une indemnité. Si l'administration consentait à leur rendre ce terrain et reconnaissait le droit de propriété des riverains, en disant : « De quoi vous plaignez-vous; « nous reconnaissons que vous devez avoir la propriété et la possession de votre terrain; en conséquence, jouissez-en, et quand nous en aurons besoin, nous vous exproprierons en vertu de la loi du 3 mai 1841, et vous serez indemnisés préalablement à toute prise de possession; » est-ce qu'il y aurait un seul riverain assez malavisé pour se plaindre et pour s'adresser aux tribunaux, à l'effet de faire reconnaître son droit de propriété ? On voit que l'objection n'a rien de sérieux, et ce qui étonne, c'est de la voir produire au nom d'un corps aussi grave que le Conseil d'État.

Il ne s'agit pas, quand l'administration fixe le rivage de la mer ou de la limite du lit des fleuves, d'un cas véritable d'expropriation; il s'agit d'une mesure administrative dont les conséquences, loin d'être contestées par l'administration, sont invoquées par elle. C'est elle qui, s'inspirant des dispositions du droit romain et du bon sens, a dit : « Le lit des « rivières navigables comprend tout le terrain couvert par « les eaux, au point de leur plus grande hauteur et avant « leur débordement. Partant de là, tout ce terrain appar- « tient au domaine public fluvial, comme le domaine public « maritime comprend tout le terrain couvert par les eaux de « la mer à ce même maximum de hauteur. En conséquence, « les riverains n'y peuvent rien prétendre. » — Voilà la prétention que l'administration a fait adopter par la jurisprudence.

Les riverains répliquent : « Vous avez raison, si ces limites « sont restées telles que la nature les a fixées; mais si vous les « avez changées par vos immenses travaux, fruit de la civili- « sation, vous nous devez au moins une indemnité pour nos « terrains que vous avez mis dans les limites de la mer ou « des fleuves. » Est-il besoin d'un autre texte pour justifier cette réclamation, que le grand principe écrit dans l'article 1382 du Code Napoléon : « Tout fait quelconque de l'homme.

Digitized by Google

« qui cause du dommage à autrui oblige son auteur à le ré-
« parer. » La réparation ne peut se faire que de deux manières, ou en restituant le terrain en nature, ou bien en payant sa valeur : l'administration soutient toujours, et avec raison, que le premier mode est impossible; donc il ne reste que le second mode, c'est-à-dire l'indemnité.

N'ai-je pas eu raison de dire, en commençant, que la Cour de cassation a cent fois raison contre le Conseil d'État, et cette démonstration n'a-t-elle pas l'évidence d'un théorème de mathématiques? Je m'en rapporte au jugement du lecteur, fût-il membre du Conseil d'État. SERRIGNY.

DU TITRE-VALEUR

DANS LA PRATIQUE DU DROIT FRANÇAIS.

Par M. G. Bruneau,
docteur en droit, juge de paix du premier arrondissement de Paris.

La notion du droit abstrait de propriété ou de créance n'appartient qu'à des époques de civilisation relativement avancée. Longtemps, en dehors du monde visible et tangible, l'homme ne possède rien et n'imagine aucun bien susceptible d'appropriation. Un jour vient cependant où la matière ne suffit plus pour apaiser l'ardeur de posséder, premier et éternel mobile de l'activité humaine, et c'est alors que l'homme cherche et trouve, au delà de la sphère ou règnent les sens, un élément nouveau de spéculation et de richesse et que, par une pure conception de son intelligence, il arrive à créer les êtres de raison, ces biens incorporels qui prennent le nom de *droit* et se subdivisent, suivant certaines conditions de leur nature respective, en droits de propriété et droits de créance.

Cette dernière espèce de droit, le droit de créance, dans lequel domine une relation de personne à personne exclusivement, se présente sans grande difficulté à l'esprit, abstraction faite de l'objet matériel, qui se retrouve, en dernière analyse, le plus souvent au fond de l'exécution de l'obligation. Il en est différemment des droits de propriété. Ces

Digitized by Google

droits, qui, par essence, saisissent si directement les choses qu'en elles ils paraissent s'incorporer et s'absorber, exigent de l'esprit un plus grand effort pour qu'il arrive à la perception nette de l'idée du droit, considéré isolément et indépendamment de la réalité corporelle dans laquelle il réside. La considération majeure qui, dans l'origine, a dû conduire l'esprit de l'homme à se condamner à un tel effort, a été vraisemblablement celle d'une impossibilité ou d'une difficulté tout au moins venant, dans certaines conditions de fait, mettre obstacle à la réalisation de l'effective tradition des choses matérielles. D'autres causes, l'invention des démembrements de la propriété plus tard, puis l'utilité reconnue de conserver la trace des transmissions de la propriété pleine ou fractionnée, auront aidé, sans aucun doute, à généraliser peu à peu la distinction entre le droit de propriété sur les choses et le fait de l'appropriation physique des choses.

Quoiqu'il en soit et pour obéir à la loi de sa création, la notion du droit de créance ou de propriété, dès qu'elle apparaît dans le monde des idées, doit tendre et tend, en effet, à descendre immédiatement des hauteurs spéculatives dans le domaine des applications pratiques; inventée dans le but de fournir une matière de plus au commerce général, cette notion est, pour accomplir sa destinée, forcément condamnée à s'incarner sous des formes matérielles, qui permettent, en donnant une apparence sensible, un corps au droit, d'en affirmer l'existence et les modalités. Ces formes matérielles, dans la langue de notre droit moderne, prennent le nom de *titre*, et ce mot, qui, comme beaucoup d'autres expressions de notre vocabulaire juridique, est susceptible de trop nombreuses acceptions, ne doit rappeler, au point de vue où nous sommes placés, d'autre idée que celle d'un écrit ayant pour objet de représenter corporellement le droit, d'en être l'équivalent visible, l'image commerçable.

A la différence de la propriété mobilière, dont les nomenclatures élastiques incessamment s'étendent et s'enrichissent de nouvelles et innombrables espèces, au fur et à mesure des progrès de la civilisation, la propriété immobilière, se présente sous un nombre d'objets circonscrit et existant en quantités limitées: double circonstance qui donne

Digitized by Google

à ces objets une valeur plus grande, moins instable, et un prix relativement plus élevé, et qui malgré le morcellement dont la propriété immobilière est devenue susceptible dans le dernier état de notre législation, en rend la transmission de moins en moins fréquente, moins répétée que ne l'est celle du meuble. Ces considérations et les conditions de stabilité de l'immeuble par nature (stabilité qui le désignait comme pouvant seul fournir la base solide du régime hypothécaire), conduisent à ne pas concevoir aisément la transmission de la propriété immobilière comme complète en dehors de tout formalisme et de toute publicité; elles conduisent à ne pas admettre que cette transmission puisse être définitivement consommée à l'aide d'un procédé aussi sommaire et aussi occulte que la remise de la main à la main d'un morceau de papier. Par suite, autant, pour cette nature de propriété, il paraît essentiel et indispensable de constater, d'une manière certaine, la série des transmissions du droit, autant il est peu utile pratiquement de donner à ce droit une forme propre et concrète. Aussi, en cette matière le mot *titre*, dans le sens qui vient d'être défini, n'est-il point usité, et quand ce mot se rencontre sous la plume du législateur (art. 628, 629, 690, 691, etc., 2262, 2265, 2267 C. Nap.), il rappellera seulement à l'esprit l'idée d'un écrit constatant la translation du droit immobilier de propriété, d'usufruit, de servitude, etc., sans jamais évoquer celle de l'écrit, équivalent conventionnel et commercial du droit. Il en est tout autrement en matière de droit mobilier et spécialement en matière de créance [1]. Là le mot *titre* est presque exclusivement pris dans le sens de l'écrit, destiné à représenter matériellement le droit de propriété ou

[1] Dans cet essai de classification, il est fait abstraction des droits de créance immobilière. Cette omission volontaire a paru ici sans inconvénient: les droits de créance de cette nature sont devenus pratiquement rares depuis l'adoption de la théorie de l'effet translatif du contrat, consacrée dans les articles 938, 1138, 1583 et 1703 du Code Napoléon, de telle sorte que c'est assez naturellement que, dans la langue courante des affaires, on en est venu à désigner exclusivement par les expressions *créance*, *droit*, *titre de créance*, les créances mobilières et parmi elles spécialement les créances de sommes d'argent qui sont de beaucoup les plus nombreuses et les plus répandues.

Digitized by Google

d'obligation. Dans ces locutions très-usuelles, titres négociables, titres nominatifs ou au porteur, titres de créances en général, et en spécialisant titres de rentes sur l'Etat, d'obligation des départements, des communes, des sociétés industrielles ou financières, et dans ces autres dénominations titres (actions) de la Banque de France, du Crédit foncier, des chemins de fer et des autres entreprises qui émettent des actions, — le *titre* exprime la figuration par écrit sur le papier, soit du droit de créance existant contre les particuliers, l'État, les villes et les associations commerciales et autres, soit de la part d'intérêts afférente à chacun des communistes dans l'actif des associations de finance ou d'industrie.

Dans la généralité de son acception ainsi délimitée, le titre désigne donc exclusivement, ainsi qu'il vient d'être dit, des droits de créance et des droits de propriété mobiliers par nature ou par la détermination de la loi (art. 529 C. Nap.).

Il a été indiqué déjà qu'en matière de droit de propriété, la principale raison d'être d'un titre, marchandise distincte de la chose grevée du droit, se justifie par la considération d'une indisponibilité effective actuelle de cette chose. Un type saillant de l'indisponibilité, sinon de fait, du moins de droit, se rencontre dans le contrat de société ; pendant la durée des sociétés, en effet, la chose mise en communauté, pour être exploitée au profit des communistes, se trouve provisoirement retirée du commerce et comme condamnée à l'immobilité. L'utilité de la création du titre ici devient manifeste, pour rendre à la circulation, sous une autre forme, les choses qui s'en trouvent ainsi momentanément exclues, et elle doit conduire à la réalisation du titre *action* dans toute législation où se trouvaient admises les espèces particulières de sociétés dans lesquelles la considération de la personne des associés n'est pas le mobile principal de l'association. Ce caractère, qui est le propre des associations de simples capitaux si communs dans notre temps, ne se retrouve pas dans l'organisation de la société en droit romain, et tout donne lieu de penser que, même pour les sociétés dites *vectigales*, en faveur desquelles le rigorisme du droit primitif paraît s'être notablement relâché avec le temps, la notion du titre-action n'a jamais été, à Rome, mise en application. Cette notion n'est pas cependant absolument une

Digitized by Google

nouveauté pour nous et il convient, dès maintenant, de remarquer que, malgré les causes diverses qui, dans les temps qui nous ont précédés, portèrent presque exclusivement vers la propriété mobilière les capitaux disponibles, la forme de l'action négociable était, sur une petite échelle toutefois, pratiquée en France, au cours des XVII^e^ et XVIII^e^ siècles; un moment même, mais un seul moment, aux temps de la fameuse banque générale de Law, cette sorte de valeur y jouit d'une faveur très-marqué.

Quant aux droits de créance, il est manifeste qu'un droit d'une telle nature, étant essentiellement et en soi inhérent, activement et passivement, à la personne du créancier et à celle du débiteur de l'obligation on n'a pu, en théorie pure tenter de le faire passer des mains du bénificiaire originaire dans celles d'un tiers sans l'anéantir par l'effet de la novation qui s'opère au passage (art. 1271, § 3, C. Nap.). Pour assurer cependant la fin de ces droits, qui est de tomber également dans la circulation générale, on a dû de bonne heure mettre de côté la rigueur des principes : La difficulté, qui, nonobstant le formalisme excessif du droit romain, y avait été tournée déjà par un subterfuge, emprunté au contrat de mandat, avait disparu complétement dans l'usage, sous notre ancien droit; et, du temps de Pothier, la nécessité de couvrir l'acquéreur de créances du masque du *procurator in rem suam* était si bien tombée en désuétude que déjà avaient été usités, dans la pratique journalière des affaires, non pas seulement les lettres de change et les billets à ordre, mais encore les bons au porteur et les bons en blanc. (Pothier *de la vente* n° 550; *Du contrat de change*, n^os^ 223, 224). Aujourd'hui, en thèse générale, on peut dire que la simple remise du titre de créance suffit pour en épurer la cession (art. 1689 C. Nap.); la publicité telle quelle organisée par la signification du transport ou l'acceptation par le débiteur dans une acte authentique, n'est qu'une mesure d'ordre, qui n'ajoute rien à la valeur intrinsèque de l'opération déjà parfaite entre le cédant et le cessionnaire, et il est, d'ailleurs, essentiel de faire de suite remarquer qu'il existe bon nombre d'espèces de titres de créance et des plus usuelles dans la transmission desquels, même au regard des tiers, la signification et l'acceptation du transport ne sont aucunement requises.

Digitized by Google

Ces sortes particulières de titres de créance, celles précisément qui jouent le rôle le plus considérable dans le mouvement des affaires, et le titre-action, dont la notion a été ci-devant précisée et qui, de nos jours, est si répandu et si usuel, forment ensemble un groupe de valeurs qui, dans la langue courante, prennent la domination caractéristique de *valeurs* ou *titres négociables* ou encore, suivant une expression légale, de *papiers commerçables* (art. 76 C. com.). Si, de ce groupe, on veut distraire, d'une part, les titres négociables de créance dits *lettres de change* et *billets à ordre*, qui forment une classe à part, sous le nom expressif d'*effets de commerce*, et, d'autre part, les papiers spéciaux pour le commerce de l'argent, pour la banque, tels que le *billet de banque* au porteur et les effets au porteur ou à ordre de création récente dits *chèques*, le surplus des valeurs négociables formera la catégorie de valeurs proprement dénommées *valeurs de bourse*.

C'est à l'étude détaillée des principales de ces valeurs de bourse, des principes des lois qui les régissent et des difficultés auxquelles donne lieu l'application de ces principes et de ces lois, que M. Ambroise Buchère, docteur en droit, président du tribunal civil du Havre, a consacré la monographie très-approfondie et éminemment instructive qu'il vient de publier[1]. C'est de ces mêmes valeurs qu'il convient de dire ici un mot pour continuer ce sommaire exposé de la théorie du titre, en analysant rapidement ce volumineux et excellent ouvrage.

Les valeurs mobilières et les effets publics, deux natures de titres compris dans le terme collectif de valeurs de bourse, présentent trois types distincts et principaux : l'*action* qui est, nous le savons déjà, la représentation par un titre éminemment cessible des parts d'intérêts dans les sociétés de purs capitaux; l'*obligation* et l'*inscription de rente perpétuelle sur l'État*, deux sortes de titres de créance, la première, titre au porteur productif d'intérêts à échéances fixes et dont le capital, engagé pour une période de temps déterminé, n'est exigible qu'à une époque indéterminée de cette période; la

[1] *Traité théorique et pratique des valeurs mobilières et effets publics,... et de la législation qui la régit.* 1 vol. in-8, 1869, Paris, Marescq aîné.

Digitized by Google

seconde, dont le propre, est à la différence des autres prêts d'argent, de constituer une simple dette d'intérêts ou arrérages et, contrairement même à ce qui a lieu pour les rentes perpétuelles sur particuliers, dans lesquelles le débiteur de la rente peut, après certains délais, se libérer de l'obligation de servir la rente en en restituant le capital (art. 980 et 1911 C. Nap.) de n'être susceptible d'extinction qu'au moyen de la *confusion* qui a lieu dans l'opération, trop négligée, on doit le dire, de l'*amortissement*.

De ces trois types généraux de valeurs, l'un, l'*obligation*, ne paraît avoir eu, dans les siècles précédents, aucun analogue. Bien qu'on puisse la considérer comme dérivée, d'une manière éloignée, du billet au porteur, tour à tour toléré et proscrit dans notre ancien droit, l'obligation avec ses caractères essentiels ne date, en réalité, que de nos jours, et elle a eu pour raison d'être la nécessité où se sont trouvées les grandes entreprises contemporaines de recourir à l'emprunt pour se procurer les fonds nécessaires à l'accomplissement de leur œuvre, sans en venir à une extrême division et, par suite, à l'avilissement du titre-action (*Val. mob.*, n° 29). Ce dernier titre, dont on a vu, paraît-il, les similaires parmi les valeurs usitées dans les florissantes républiques italiennes du moyen âge et au XVII^e^ siècle dans les Provinces-Unies, pour n'avoir point été inconnu au cours de ce même siècle et du suivant dans la pratique française, n'y a point occupé cependant beaucoup de place (*Buchère*, n^os^ 8 *et suiv.*, 494). Quant à notre rente sur l'État, dont le capital dépasse en ce moment 11 milliards de francs, elle a figuré, sans doute et d'assez bonne heure, dans le tableau de notre dette publique; mais, avant ces derniers temps, elle n'y représentait qu'un chiffre relativement fort modeste (*Buchère*, n^os^ 70 *et suiv.*). En réalité, ces diverses valeurs n'ont pris le développement extraordinaire auquel nous les voyons aujourd'hui parvenues que depuis un petit nombre d'années et sous l'influence de certaines conditions particulières de civilisation propres à notre temps. M. Buchère signale (n^os^ 18, 28 *et suiv*, 38 *et suiv.*, *et passim*), entre autres causes de ce développement, les besoins exceptionnels de capitaux créés par les exigences de l'exécution des utiles et immenses travaux entrepris de nos jours par l'État, les villes et les associations particulières (spécialement

Digitized by Google

celles de nos réseaux de chemins de fer), et par la nécessité non moins urgente de relever la propriété immobilière, écrasée par le poids de sa dette hypothécaire. Ajoutons que les garanties offertes en général par ces modes nouveaux de placement de fonds, les amorces séduisantes dont une science financière plus consommée a permis, sans autres frais, de munir la plupart des titres incessamment jetés sur la place, l'abondance réelle plus grande du numéraire et, avec les bienfaits d'un long état de paix, la réhabilitation du prêt à intérêt, si longtemps condamné au grand avantage de la propriété immobilière et de la rente soit foncière, soit constituée, concourent à expliquer également cet immense et tout moderne mouvement du crédit public et privé qui, en définitive, roule aujourd'hui sur une masse de valeurs non inférieure à 30 milliards de francs. Disons encore que la cause primordiale de la diffusion et de la popularité de la valeur négociable réside, à notre sens, dans le caractère éminemment démocratique des institutions qui nous régissent et qui, par la proclamation de l'égalité civile et des principes fixant le droit de tester et présidant aux partages des successions, ont rendu facile et forcée la mobilisation de la propriété immobilière par le fonctionnement d'un constant morcellement répandu dans les masses, les éléments divers des richesses sociales, et permis ainsi de réaliser, par le concours de tous et au moyen de l'accumulation de petits capitaux volants, les entreprises dont s'honorera notre siècle.

Ces considérations conduisent à comprendre *à priori* que les valeurs qui nous occupent, en fait encore sans passé, n'ont point en quelque sorte d'histoire propre et distincte de l'histoire générale du titre, telle qu'elle a été ci-devant esquissée. Les recherches historiques devaient donc tout naturellement tenir et tiennent en effet peu de place dans l'ouvrage de M. Buchère. Après avoir, dans un premier titre très-court, retracé l'origine et constaté les développements contemporains des valeurs mobilières, sauf à revenir à l'occasion, mais légèrement encore, sur ces sujets dans les titres suivants, l'auteur, dans la section de l'ouvrage qui vient ensuite, expose les règles particulières aux diverses espèces ou natures de ces valeurs. Dans le second titre, les actions de la Banque de France et du Crédit foncier, les actions indus-

Digitized by Google

trielles en général, les rentes perpétuelles sur l'État français, les bons du Trésor et obligations trentenaires, les obligations départementales et communales, celles de la ville de Paris, celles émises par le Crédit foncier et par les sociétés industrielles françaises, enfin les valeurs étrangères cotées à la Bourse, sont successivement l'objet d'une étude spéciale et minutieuse, dans laquelle sont consignées toutes les notions courantes et tous les points de la législation et de la jurisprudence utiles à connaître pour les porteurs de ces diverses natures de titres. On y trouve, clairement posées et discutées, les questions parfois très-délicates que peuvent présenter les transmissions de ces titres, soit au point de vue de la forme même de la cession et de l'application en ces matières des règles de droit commun tracées pour les modes ordinaires de mutation, soit au point de vue de la capacité des parties contractantes. Il convient de signaler de préférence, dans cette partie, les développements donnés (*n*os 149 *et suiv.*) sur les effets de l'insaisissabilité des rentes sur l'État (*n*os 117 *et suiv.*), sur l'inaliénabilité de certaines rentes et les conditions de l'aliénation des titres appartenant aux incapables (*n*os 143 *et suiv.*), sur la faculté d'immobiliser les rentes sur l'État et sur les emplois de l'immeuble dotal qu'elles peuvent fournir, en conformité de la loi du 3 juillet 1862; sur les conséquences de l'immobilisation des rentes et des actions de la Banque de France (*n*os 214 *et suiv.*); sur le mécanisme ingénieux de l'obligation foncière et communale (*n*os 288 *et suiv.*); sur les conditions de la cessibilité des promesses d'actions industrielles (*n*os 323 *et suiv.*); sur la validité de la clause consacrant le droit de vendre les valeurs non libérées aux risques et périls de l'actionnaire en retard de payement (*n*os 349 *et suiv.*); sur l'étendue des droits des créanciers sociaux contre les portions d'actions non entièrement libérées (nos 365 et s.); sur les droits et devoirs du titulaire en cas de perte d'état ou de destruction du titre nominatif de rente ou de l'action, titre nominatif (nos 113, 419 et s.), sur le mode de poursuites ouvert aux créanciers pour attendre le titre-action tant dans le patrimoine du débiteur (nos 241 et s. 430 et s.) et enfin, sous les nos 137 et s. 403 et s., tout ce qui a trait à la constitution du gage ou l'une des valeurs nominatives énumérées dans ce titre.

Digitized by Google

Au cours des indications qui précèdent, il a été a dessein insisté sur l'expression limitative de titre *nominatif*. Il est, en effet, dans toute cette matière, une distinction capitale à poser. Les valeurs qui nous occupent sont, pour la plupart [1], de deux sortes et se présentent, tantôt sous la forme de *titre nominatif*, tantôt sous la forme de *titre au Porteur*. Cette différence dans la forme du titre emporte, on doit le pressentir, de notables distinctions, entre leurs régimes respectifs et spécialement des divergences très-nettes entre les principes qui président à leur transmission. Il est bien évident que, tandis que la valeur nominative, fortement et exclusivement appropriée à celui dont elle porte le nom et en quelque sorte la marque, exige, pour être passée au nom d'un nouveau propriétaire, quelques formalités d'écriture ayant pour but d'attester la mutation de propriété, le changement de marque, si l'on veut, et qui seront remplies soit sur le titre même de la valeur (*transfert par endossement*), soit sur des registres destinés à conserver trace des transmissions (*transfert par immatricule*). Il est de nécessité absolue, sous peine de manquer le but de la création de la valeur au porteur, de consacrer, pour les cessions de cette nature de valeurs, la plus grande somme de liberté, de facilité et de simplicité compatible avec les seules exigences de la bonne foi. C'est ainsi que l'on a été conduit, en excluant, en la matière des titres nominatifs (non susceptible par la force des choses d'un tel mode d'appropriation), l'application de l'article 2279 du Code Napoléon, à transporter, au contraire, en la matière des titres au porteur la règle de cet article spécialement édictée en vue des meubles matériels, et à décider que la possession (de l'action, de l'obligation au porteur) vaut titre, ce terme étant ici pris, comme dans les articles 2262 et 2265 du même Code, dans l'acception de titre de propriété, c'est-à-dire d'écrit destiné à constater la transmission régulière et inattaquable du droit de propriété.

[1] Par exception, les actions de la Banque de France, n'affectent jamais que la forme nominative; quant aux obligations de toutes provenances, toujours dans la forme au porteur, au moyen d'un dépôt dans la caisse des compagnies desquelles elles émanent, elles peuvent être représentées sous la forme nominative d'un certificat de dépôt : ainsi est, en ce qui les concerne, rempli le vœu de l'article 8 de la loi du 23 juin 1857.

Digitized by Google

La distinction fondamentale à faire en ce point, entre les valeurs nominatives et les valeurs au porteur, distinction pressentie et annoncée dans différents passages de son ouvrage (voir not. nos 115, 132, 275, 416, 425, 436), a déterminé M. Buchère à consacrer aux valeurs au porteur un titre spécial, dans lequel se trouvent réunies toutes les questions qui, se rattachant à l'économie particulière de ce genre de valeurs, n'auraient pu trouver logiquement place dans les développements généraux qui font le sujet des titres qui précèdent. Dans le titre spécial (titre IV), entre autres études intéressantes, M. Buchère aborde, avec tout le soin et la délicatesse que ces sujets comportent, les difficultés auxquelles peuvent donner lieu les applications aux titres au porteur des règles du droit commun en matière de capacité des personnes, d'usufruit, de nue propriété, de contrat de dépôt, de prêt, de nantissement, d'exercice de l'action des créanciers, et enfin le transfert de la propriété suivant ses modes généraux. Aux termes de cette revue complète des principes les plus larges du droit commun, notre auteur a été amené à examiner, ce qu'il a fait avec tous les détails convenables, les conditions de l'action en revendication ouverte par les articles 2279, § 2, du Code Napoléon, réglée par le même article et par l'article suivant du même Code, au profit du propriétaire du titre au porteur volé ou perdu, celles du recours (tout au moins discutable) admis en sa faveur, dans certains cas contre les agents de change, et enfin l'étendue des droits que pourrait avoir à faire valoir le propriétaire de titres au porteur volés, perdus ou détruits vis-à-vis des compagnies desquelles émanent ces titres. Pour résoudre les problèmes juridiques qui se posent au moment de la revendication du titre perdu ou volé, au regard du tiers en possession du titre, M. Buchère, interprétant l'article 2279 dans un sens peut-être à la fois un peu trop large à un point de vue et trop étroit à un autre, suivant en cela les traces de Denisart plus sûrement encore que celles de Pothier (conf. Pothier, cout. d'Orléans, int. au titre XIV, n° 4, et *De la prescription*, n° 199 et s.), n'admet pas que cet article ait pour objet de trancher une question d'acquisition par prescription de la propriété du meuble au profit du tiers de bonne foi seulement, condition qui exclut du bénéfice de la disposition

Digitized by Google

et le voleur, et l'inventeur, et le détenteur par fraude ou à titre précaire du meuble litigieux, et il professe que cet article n'a d'autre fin que de tracer, pour l'usage du juge, une simple règle de preuve, d'établir une présomption de propriété militant, d'une façon générale, en faveur de tous détenteurs de meuble, ici du titre litigieux, quels qu'ils soient, présomption susceptible, d'autre part, d'être, dans tous les cas, repoussée par la preuve contraire. Cette appréciation, opposée à l'avis de la plupart des commentateurs, ne nous semble pas à l'abri de toute discussion. Il ne paraît pas d'ailleurs, en présence des principes généraux admis en matière de preuves et dont l'article 1315 du Code Napoléon n'est qu'une application spéciale à la preuve des obligations (*lato sensu*) et du payement, qu'il y ait un véritable intérêt pratique à faire prévaloir, pour la solution de cette thèse doctrinale, l'opinion que l'auteur du *Traité des Valeurs Mobilières* a cru devoir adopter de préférence. Cette part faite à la critique, nous nous faisons un plaisir et un devoir de constater que toute cette matière, spéciale et neuve, du titre au porteur est traitée d'une façon très-complète et ingénieuse, dans la meilleure forme et avec l'ordre et toute la clarté désirable. C'est dans le titre IV et aussi dans le chapitre III du titre II que se trouve posée la monographie du titre au porteur en général. Quant au titre au porteur dit *coupon*, à proprement parler, bon d'intérêt au porteur, en dehors des règles qui lui sont communes avec le titre d'action ou d'obligation au porteur auquel il se rattache, celles qui lui sont exclusivement propres, rappelées succinctement dans le titre IV, sont expliquées avec détail à la place qui leur était assignée par l'ordre de la classification des matières de l'ouvrage dans ses diverses sections, notamment aux nos 97 et s. 173, 258 et s. 370, 418, 425, 458, 486, 793, 855, 870, etc. Avant de quitter ce sujet si important du titre au porteur, l'auteur, fixant son examen sur les modifications qui pourraient être introduites dans la législation, pour protéger davantage les possesseurs, contre les conséquences de la perte ou de la destruction de leurs titres, est conduit à reconnaître que les modifications, quelque souhaitables qu'elles soient et quelque place que le désir de les voir réaliser tienne dans les aspirations de la classe très-nombreuse de ces possesseurs, présenteraient de

Digitized by Google

sérieuses difficultés à l'exécution et ne pourraient même se produire, dans des conditions efficaces, sans apporter de graves atteintes à la libre circulation des titres.

Un traité des valeurs de Bourse, parmi lesquelles une si large place est faite aux actions émises pour les sociétés industrielles et de finance, ne serait point complet, s'il ne contenait pas un exposé des règles spéciales aux diverses natures de sociétés par actions. Mû par cette pensée, l'auteur du *Traité des valeurs mobilières* l'a enrichi d'une étude complète sur les sociétés en commandite par actions anonymes, à capital fixe ou variable et sur les sociétés à responsabilité limitée, dont la forme a été abrogée par la loi du 24 juillet 1867, et d'un commentaire étendu de cette loi et de celles des 17 juillet 1856 et 20 mai 1863. Enfin il a donné, dans le titre V de l'ouvrage, sous cette rubrique : *De la négociation des valeurs immobilières*, et dans le titre VI, sous celle de : l'*Impôt sur les valeurs mobilières*, toutes les notions utiles à présenter relativement au fonctionnement des bourses de commerce, marché par excellence de ses valeurs et sur le rôle, les priviléges et les devoirs des agents de change, intermédiaires habituels et le plus souvent forcés de la négociation de ces valeurs.

Le sixième et dernier titre est suivi d'un appendice utile à consulter et de deux tables, l'une par ordre de matières, la seconde résumant les mêmes matières, sous une forme analytique bien coordonnée et dans l'ordre alphabétique des mots.

Tel est en résumé le *Traité des valeurs mobilières et des effets publics* dont l'examen nous a conduit à esquisser succinctement la théorie historique et philosophique du *titre-valeur*. La sèche et trop courte analyse de ce traité qui vient d'être présentée, aura pu, telle quelle, du moins nous l'espérons, donner au lecteur une idée de la valeur très-réelle de ce volumineux ouvrage, dans lequel des difficultés fort nombreuses et des plus graves sont exposées et élucidées avec un sens critique très-développé, très-sûr, et qui ne pouvait se rencontrer que dans un esprit à la fois imbu de la théorie du droit et rompu à la pratique des affaires. Ce traité est évidemment destiné à devenir, sinon le manuel du spéculateur à la Bourse, du moins le conseiller pratique

Digitized by Google

et éclairé des nombreux possesseurs des valeurs mobilières et des effets publics.

G. BRUNEAU.

DES ATTRIBUTIONS DES COMMISSIONS SYNDICALES

INSTITUÉES CONFORMÉMENT AUX ARTICLES 70 ET 71 DE LA LOI DU 18 JUILLET 1837,

Par M. DE SAINT-MALO,
avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation [1].

Il existe, surtout dans les pays de montagnes, de vastes étendues de terrain dont la propriété est indivise entre deux ou un plus grand nombre de communes : le nombre s'en élève quelquefois jusqu'à vingt. Dans la discussion de la loi municipale, on a cité une agrégation de soixante-sept communes. On peut également citer comme exemple, les seize communes formant le canton de Luz (Hautes-Pyrénées), propriétaires par indivis des établissements thermaux de Baréges et de Saint-Sauveur et d'une montagne servant au pacage.

Avant la loi du 18 juillet 1837, ces communautés de biens étaient administrées par des syndicats dont l'institution était laissée aux préfets. Quels étaient les pouvoirs de ces syndicats? Aucune loi ne les définissait; et assurément il ne pouvait appartenir aux préfets de les fixer. Ajoutons que la légalité de l'institution par les préfets était même contestée, et qu'on se demandait avec raison si ce n'était pas plutôt aux communes intéressées, et à elles seules, qu'il appartenait de nommer leurs représentants. Il y avait donc absence de toute règle, sous le rapport de l'institution du syndicat comme sous le rapport de ses attributions,

Comment la loi de 1837 a-t-elle comblé cette double lacune? En ce qui touche l'institution, la loi est claire, complète, et

[1] Le système que M. de Saint-Malo développe dans cet article a été adopté, à propos du partage des biens communaux, par M. Batbie (*Traité de droit public et administratif*, T. V, p. 154, n° 115).

Digitized by Google

ne laisse rien à désirer. Il n'en est pas de même en ce qui touche les attributions : la loi ne les ayant ni précisées ni définies, son silence ou l'insuffisance de ses dispositions font naître de sérieuses difficultés.

Quelques mots suffisent pour être fixé sur l'institution des syndicats. Aux termes de l'article 70, lorsque plusieurs communes possèdent des biens ou des droits indivis, une ordonnance du roi institue, si l'une d'elles le réclame, une commission syndicale composée de délégués des conseils municipaux des communes intéressées. A cet effet, chacun des conseils élit dans son sein, au scrutin secret et à la majorité des voix, le nombre des délégués déterminé par l'ordonnance. Cette commission syndicale est renouvelée tous les trois ans, après le renouvellement partiel des conseils municipaux.

Le rapporteur de la commission, M. Persil, expliquait devant la Chambre des députés, la substitution d'un acte du souverain à un arrêté préfectoral, par cette considération, qu'on ne doit pas pouvoir modifier les attributions des conseils municipaux, même de leur consentement, et dans les cas exceptionnels, sans l'approbation de l'autorité supérieure. L'honorable rapporteur se fût exprimé plus exactement, en disant que la modification des pouvoirs municipaux ne peut venir que de la loi, sauf l'intervention du souverain, à l'effet d'instituer l'être moral distinct des communes intéressées, et de déterminer le nombre des délégués.

D'après la loi l'institution syndicale n'est point facultative pour l'administration; elle doit avoir lieu si une des communes la réclame. La nomination de son délégué laissée à chaque conseil, et le renouvellement triennal de la commission, offrent en outre des garanties dont l'importance n'a pas besoin d'être relevée. La loi, dans cette première partie, ne mérite donc que des éloges et ne soulève aucune difficulté.

I.

La commission une fois instituée, quelles en sont les attributions? L'article 71 répond : « Les attributions de la commission syndicale et du syndic, en ce qui touche les biens et les droits indivis, sont les mêmes que celles des conseils municipaux et des maires pour l'administration des propriétés communales. »

Digitized by Google

Sur quoi M. Dufour s'écrie : L'assimilation des membres des commissions syndicales aux conseils municipaux est frappante ; mais elle ne va pas au delà de la mission qu'ils ont à remplir [1].

Le jurisconsulte, placé devant ce texte, est porté à en conclure tout naturellement que les commissions syndicales ont les mêmes pouvoirs que les conseils municipaux, et que les commissions auront à s'occuper de l'administration des propriétés indivises de la même manière et dans la même étendue que les conseils municipaux s'occupent de l'administration des propriétés communales.

S'il faut en croire une jurisprudence constante du ministère de l'intérieur, ce serait là une erreur profonde. « Les pouvoirs conférés aux commissions syndicales, dit le ministre, ne dépassent pas les actes de pure administration, et par suite il n'appartient pas à ces commissions de consentir l'aliénation ou l'échange des propriétés indivises dont la gestion leur est confiée. Une délibération des conseils municipaux des communes interessées est indispensable à cet égard, et ce sont les maires qui doivent souscrire l'acte de vente ou d'échange [2].

Une autre décision reconnaît aux commissions syndicales le pouvoir d'intenter ou de soutenir des procès, mais non celui de les prévenir ou de les terminer en transigeant sur la propriété des biens ; car une semblable transaction aurait le caractère d'une aliénation, c'est-à-dire d'un acte sortant des limites d'une simple administration, et ne pourrait, comme tel, être consenti que par les conseils municipaux des communes intéressées [3].

Cette doctrine, émanée d'une grande et savante administration, telle que l'administration de l'intérieur, mérite d'être sérieusement examinée. Et d'abord il est un cas où nous n'éprouverions aucune difficulté à la suivre, celui où la commission sydicale proposerait l'aliénation de la chose commune dans son ensemble, de telle sorte que cette chose aliénée, il n'y eût plus ni propriété, ni agrégation, ni commission syndicale.

[1] *Droit administratif*, t. III, p. 424.

[2] *Bulletin officiel du min. de l'int.*, année 1859, p. 207.

[3] Cette décision est rapportée au *Journal des communes*, t. XXXIX, p. 170.

Digitized by Google

Attribuer un tel pouvoir à la commission, ce serait lui permettre de violer son mandat, de détruire sa raison d'être, de se suicider en quelque sorte. Évidemment les communes seules peuvent aliéner, dans cette mesure, la chose indivise; or en nommant la commission syndicale, elles ont clairement affirmé qu'elles entendaient conserver ce qui fait l'objet, le fond même de l'agrégation.

Mais la jurisprudence ministérielle n'est pas faite pour cette hypothèse fort rare où le droit commun eût suffi d'ailleurs pour appeler l'intervention des municipalités intéressées. Elle s'applique à tous les cas de vente, d'affectation, de transaction portant sur une part quelconque des biens ou des droits indivis. Avant d'examiner si elle est juste, signalons-en les conséquences, pour ne pas dire les inconvénients.

Il s'agit d'aliéner ou d'échanger une parcelle, ou de transiger sur un droit contesté. Si cet objet excède, suivant le ministre, la compétence de la commission syndicale, il faut recourir aux délibérations des divers conseils intéressés, qui peuvent être au nombre de dix, quinze, vingt et même plus. Comme la loi n'a pas dit que la majorité des conseils lierait la minorité, il peut arriver que l'opposition d'un seul conseil municipal arrête la mesure la plus sage, et la plus utile votée par tous les autres. Quant à l'autorité administrative, elle sera impuissante à vaincre cette résistance aveugle et isolée, car elle ne peut jamais imposer à une commune l'aliénation de son bien Voilà donc les embarras auxquels on sera exposé toutes les fois qu'il s'agira d'une mesure dépassant la limite du droit d'administration même le plus étendu.

Sur quoi donc la jurisprudence que nous examinons se fonde-t-elle? Les deux décisions précitées l'indiquent nettement : c'est sur ce que les commissions syndicales n'ont qu'un pouvoir de gestion et d'administration. L'article 71 dit, il est vrai, que les attributions de ces commissions sont les mêmes que celles des conseils municipaux *pour l'administration des propriétés communales*: et c'est de là qu'on induit l'exclusion de tout ce qui n'est pas acte d'administration proprement dite.

Cet argument, qui est la base du système, ne fait sur notre esprit aucune impression. Et en effet, il ne faut pas voir dans l'article 71 cette seule pensée que les commissions syndicales

Digitized by Google

n'ont qu'un droit d'administration; la vérité est, et c'est l'article qui le dit, qu'elles ont, quant à l'administration des biens, les mêmes attributions que les conseils municipaux. Mais si les attributions sont les mêmes, nous croyons nous conformer aux exigences de la plus rigoureuse logique en nous bornant à dire qu'en fait d'administration de la propriété indivise, les commissions pourront faire tout ce que font les conseils municipaux pour la propriété communale, tout sans exception, et par conséquent ni plus ni moins.

Or, si l'on examine les objets soumis aux corps municipaux, on en voit de deux sortes : en premier lieu, ceux qui ne s'appliquent qu'à la jouissance et à la régie des biens sans engager un long avenir et sans compromettre le fond de la propriété. Ils sont indiqués par l'article 17 de la loi. Les règlements que prend à ce sujet le conseil municipal sont exécutoires, à la seule condition de n'être pas annulés par le préfet dans un délai de trente jours de leur transmission à la sous-préfecture; et en second lieu, ceux qui engagent l'avenir, qui modifient ou altèrent la propriété communale.

L'article 19 en donne la nomenclature; elle est assez longue, et encore n'est-elle qu'énonciative. Cet article comprend : le budget; les tarifs et règlements de perceptions; les acquisitions, aliénations, échanges, des propriétés communales, leur affectation aux différents services publics et en général tout ce qui intéresse leur conservation ou leur amélioration; les partages de biens indivis; les baux à ferme ou à loyer excédant dix-huit ans pour les biens ruraux et neuf ans pour les autres; les projets de constructions, grosses réparations, démolitions; l'ouverture des rues et places; le parcours et la vaine pâture; l'acceptation des dons et legs; les actions judiciaires et les transactions. Sur ces objets, les corps municipaux ne peuvent que délibérer, et leurs délibérations sont soumises à l'approbation du préfet ou de l'autorité supérieure suivant les lois ou règlements.

Quand le conseil municipal s'occupe des choses comprises dans cette nomenclature, il ne fait que remplir la mission relative à l'administration qui lui est confiée. Comme il se borne à délibérer, et que ses délibérations sont essentiellement soumises à l'approbation de l'autorité publique, elles ne constituent à elles seules ni la vente ni la disposition de la propriété

Digitized by Google

communale. Le conseil municipal n'a lui-même qu'un pouvoir d'administration de cette propriété, pouvoir qui lui permet d'en proposer, d'en résoudre l'aliénation, mais non de l'effectuer. Or quand la loi lui confie à lui qui n'a pas le pouvoir d'aliéner, le droit de délibérer sur une aliénation, sur un échange, sur une affectation, nous en concluons que de pareilles délibérations, de même que celles de l'article 17 et la plupart de celles de l'article 19, restent dans le cadre de la mission générale qu'il a d'administrer les biens et droits de la commune.

Cela posé, la question a fait un grand pas. L'article 71 donne aux commissions syndicales toutes les attributions des conseils municipaux. Ceux-ci ayant dans leurs attributions, de délibérer sur les aliénations, échanges ou affectations de la propriété communale, les commissions peuvent et doivent en faire autant. Il ne serait pas plus rationnel de les remplacer pour ces délibérations par les divers conseils municipaux, qu'il ne serait rationnel, dans des cas analogues, de remplacer les conseils municipaux par la généralité des habitants de la commune. Les conseils municipaux délibèrent sur les aliénations, en vertu de la loi et de leur mandat constitué par l'élection. Les commissions syndicales délibèrent sur les mêmes objets, en vertu de la loi (art. 71) et de la délégation des conseils municipaux (art. 70).

A n'examiner la question que d'après les textes, telle est, suivant nous, la vraie solution. Mais il faut l'examiner en tenant compte des travaux préparatoires de la loi, et voir, dans tous les cas, les enseignements que l'on peut puiser dans ces travaux.

On a remarqué que la seconde décision du ministre reconnaît aux commissions syndicales le pouvoir d'intenter ou de soutenir des procès, mais non le pouvoir de transiger. Le ministre dit avec raison, que transiger, c'est aliéner, et l'article 2045 C. Nap. dit avec lui, que pour transiger, il faut avoir la capacité de disposer des objets compris dans la transaction. Mais pour ester en justice ne faut-il pas avoir la même capacité? L'affirmative n'est pas douteuse. De là les formalités pour habiliter les incapables. Celui qui plaide fait acte de disposition tout aussi bien que celui qui compromet. On ne peut plaider, comme on ne peut compromettre que sur les droits

Digitized by Google

dont on a la libre disposition (1003 C. pr. civ., 215, 464 C. Nap. 49 de la loi de 1837).

La distinction du ministre est donc difficile à justifier. Mais elle atteste du moins que l'administration, pénétrée des embarras d'une intervention de tous les conseils municipaux, cherche à réduire son système à sa plus simple expression, à savoir l'intervention de ces conseils pour les seuls cas d'aliénation et de transaction. En droit, la distinction n'est pas fondée. Le dixième paragraphe de l'article 19 de la loi de 1837 en donne une preuve particulièrement remarquable, en ce qu'il soumet, sur la même ligne, aux délibérations des conseils municipaux, *les actions judiciaires et les transactions*. On va voir que la discussion devant les Chambres ne justifierait pas davantage la distinction.

II

La confection de la loi de 1837 a été longue et laborieuse. Cela devait être. Rien de plus instructif que les discussions de la Chambre des députés sur cette loi si importante et si difficile. Il nous suffit de rappeler que trois hommes éminents y eurent la principale part, MM. Odilon Barrot et Vivien, et M. le comte Duchatel, ministre de l'intérieur.

Chose singulière! le projet était depuis déjà longtemps soumis à la Chambre, lorsqu'à la séance du 25 février 1834 [1], M. Persil disait au nom de la commission : « Le projet garde le silence sur une matière que vous aviez cru utile de régler l'année dernière par un titre spécial de la loi : nous voulons parler des biens et droits indivis entre plusieurs communes. Ce ne peut être qu'un oubli de la part du gouvernement et, voilà pourquoi nous voulons le réparer, avec cette seule modification que ce sera une ordonnance royale et non un arrêté du préfet qui autorisera le mode d'administration de ces propriétés indivises.

Le projet fut donc augmenté dans cette première épreuve, mais seulement des dispositions qui forment aujourd'hui l'article 70. Il fut adopté dans ces termes et sans discussion par la Chambre des pairs, sur le rapport du baron Mounier, dans la séance du 19 mars 1835 [2].

[1] *Moniteur* du 16 février 1834, p. 417.
[2] *Moniteur* du 20 mars 1835.

Digitized by Google

Le projet revint à la Chambre des députés; c'est dans la séance du 11 février 1837 qu'on s'occupa des commissions syndicales et que prit naissance l'article 71 de la loi. Cet article est dû à l'initiative de M. Daguenet, qui réunissait dans sa personne la double autorité de magistrat et de député d'un département abondamment pourvu d'agrégations syndicales.

On a vu, non sans surprise, un jurisconsulte tel que M. Persil, admettre que les attributions des commissions syndicales devaient être fixées par l'ordonnance d'institution, et non par la loi. Mieux inspiré, M. Daguenet saisit la Chambre d'un amendement qui est devenu l'article 71, et voici comment il le justifia :

« La commission une fois créée, il me paraît important de bien définir ses attributions. Elles ne doivent pas se trouver en germe dans la loi, mais littéralement dans son texte. Il est facile de prévoir tous les embarras qui pouraient surgir du silence de ses dispositions. Sur quoi se régleraient et procéderaient les commissions? quelle serait la base de leur compétence? Le projet, en créant une commission syndicale sans en déterminer les attributions, a inscrit dans la loi une lettre morte. Il faut y remédier. Une ordonnance pourra déterminer ces attributions, nous dit-on; je ne puis accepter cette espérance. Pour éviter tout conflit, il est nécessaire que la loi explique en principe que désormais à la commission syndicale seule il appartiendra de déterminer le mode d'administration des biens indivis, le mode de jouissance des pâturages et des fruits communaux; qu'elle fixera son budget avec toutes les dépenses ordinaires et extraordinaires, les règlements de perception des revenus communaux, le parcours et la vaine pâture, les actions judiciaires et les transactions. »

Émanées de l'auteur de l'amendement, ces paroles sont importantes, d'autant plus qu'elles ont été acceptées par le ministre de l'intérieur et par la Chambre, et que l'amendement fut voté tel qu'il avait été présenté : c'est l'article 71. Dans le silence du projet de loi, en l'absence d'un exposé de motifs sur ce point, on peut les considérer comme un commentaire sûr ou tout au moins très-utile à consulter. Voici, d'après nous, ce qu'il faut en induire.

Lorsque l'honorable M. Daguenet faisait à la tribune son

Digitized by Google

énumération, fort incomplète du reste, il avait évidemment dans l'esprit ou sous les yeux les articles 17 et 19 de la loi dont il cite quelques expressions textuelles. Une nomenclature qui partait de l'acte de pure administration, l'affermage, pour arriver aux actions judiciaires et aux transactions, comprenait assurément tous les objets des articles 17 et 19. Le premier alinéa de l'article 17 concerne le mode d'administration; le premier alinéa de l'article 19 concerne le budget, et le dernier, le dixième, concerne les actions judiciaires et les transactions. M. Daguenet a suivi cette marche. Et comme, d'après tout le monde, le plaid et la transaction ne sont autre chose qu'une aliénation plus ou moins directe, on ne s'expliquerait pas la privation pour les commissions syndicales du pouvoir de délibérer sur les aliénations, les affectations et les échanges, formant l'objet du troisième alinéa.

Rappelons encore ces mots de l'honorable député à propos des attributions de la commission : Elles ne doivent pas se trouver en germe dans la loi, mais littéralement dans son texte. Donc, lorsque l'article 70 sans reproduire, ce qui était inutile, l'énumération des articles 17 et 19, confère aux commissions les mêmes attributions que celles des conseils municipaux pour l'administration de la chose communale, nous n'y pouvons voir qu'une identité d'attributions, sous les seules conditions mises par la loi ou résultant de la nature des choses. En fait de conditions expresses, il n'y en a qu'une, la nécessité de l'approbation préfectorale pour toutes les délibérations. Quant aux objets compris au septième alinéa, à savoir les rues et places, alignements et voirie, il ne peut même pas en être question devant une commission syndicale.

III.

Tel est le système auquel nous a conduit une étude attentive du texte et de l'esprit de la loi. Comme il est le seul de nature à satisfaire la raison et le bon sens, il faut croire qu'il est aussi celui du législateur. Qu'*à priori* on n'ait pas envisagé l'ensemble du système, nous le croyons. Comme on l'a vu par l'historique qui précède, les commissions syndicales, dont le projet ne parlait même pas, ont été créées comme par morceaux. Mais qu'importe? Une première phase de la discussion a produit l'institution du syndicat. Jusque-là il n'y

Digitized by Google

avait que des biens et des droits indivis, une agrégation ou société d'intérêts communs, pas même une section de commune ou quelque chose d'équivalent. Arrive l'acte de la puissance souveraine qui donne la vie civile et l'être moral à l'association : voilà le syndicat institué.

Dans la seconde phase, on dote ce syndicat, quant à l'administration de la chose commune, de toutes les attributions des conseils municipaux. La conséquence qui se dégage de ces deux dispositions, c'est l'érection d'une sorte de commune du sein des diverses communes associées. En la créant avec son individualité distincte, la loi a dû naturellement la munir de tous les organes nécessaires pour vivre d'une vie propre, indépendante, autonome, sous le contrôle de l'autorité supérieure.

Ce système offrirait-il des dangers? Pour les communes il n'en offre aucun, grâce à la disposition qui soumet à l'approbation préfectorale toutes les délibérations, et à celle qui prescrit le renouvellement triennal des commmissions syndicales : de ces deux mesures, l'une est une garantie contre les mauvaises délibérations; l'autre ramène dans un temps rapproché chaque délégué devant ses juges naturels. D'ailleurs, comme membre du conseil municipal, le délégué est en communication continuelle avec ses commettants, dont il reçoit les inspirations et la direction.

Nous avons déjà signalé l'un des inconvénients du système contraire, qui par la difficulté d'amener l'unanimité des conseils municipaux, aboutirait souvent à l'impossible, et placerait dès lors la communauté syndicale dans une situation pire que la communauté municipale. Mais la jurisprudence ministérielle conduirait à un autre résultat, qu'il faut signaler à l'attention du ministre. Et d'abord, pour être logique dans l'ordre de cette jurisprudence, on devrait retrancher de la compétence des commissions syndicales les actions judiciaires; on devrait en retrancher aussi tout ce qui n'est pas administration proprement dite dans le sens de l'article 17 de la loi. Et en effet, la doctrine du ministère s'appuie principalement sur le mot *administration* inscrit dans l'article 71. Ne peut-on pas dire au ministre que le même mot employé dans une loi ne saurait y être entendu avec des acceptions différentes? L'article 17 emploie certainement le mot *admi-*

Digitized by Google

nistration dans le sens d'une simple régie ou règlement de jouissance. Le même mot employé par l'article 71 devrait donc avoir, dans le système du ministre, la même signification. Et alors on devrait dire que les attributions des commissions syndicales se réduisent aux actes de l'article 17, sous l'approbation de l'autorité préfectorale.

Donc, du moment qu'on sortirait de l'administration pure, c'est-à-dire qu'on toucherait aux objets de l'article 19, il faudrait en référer aux conseils municipaux, appelés dès lors à dresser le budget, à régler les recettes et dépenses tant ordinaires qu'extraordinaires, les grosses réparations, à s'occuper de l'entretien et de l'amélioration des immeubles, etc... Excepter un seul des objets de l'article 19, c'est les excepter tous, parce que dans l'économie de la loi municipale ils excèdent les limites de l'administration pure. Mais alors ce n'était pas la peine, on en conviendra, de créer les commissions syndicales, pour les condamner aussitôt à un rôle subalterne et que tout mandataire intelligent aurait pu très-bien remplir. A un tel système, conséquence forcée de la jurisprudence ministérielle, il faut préférer celui qui élève les commissions syndicales au rang d'un vrai conseil de toutes les communes intéressées, ayant les mêmes pouvoirs que les municipalités dont elles sont l'expression et la représentation sincères. R. DE SAINT-MALO.

DE LA PATENTE DES PROFESSIONS LIBÉRALES,

Par M. REVERCHON,

avocat à la Cour impériale de Paris, ancien avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, ancien maître des requêtes au Conseil d'État.

(*Suite et fin* [1].)

§ 3. — *Avocats inscrits au tableau des cours et tribunaux.*

28. L'inscription au tableau suffit, mais elle est indispensable pour que la patente d'avocat soit due. Peu importe, d'une part, que l'individu inscrit au tableau ait notoirement cessé d'exercer; peu importe même qu'il ne puisse pas

[1] V. *Revue*, t. XXXIII, p. 546, et t. XXXIV, p. 283 et 529.

Digitized by Google

exercer, en ce sens qu'il aurait une autre profession ou une fonction incompatible avec l'état d'avocat : tant qu'il est inscrit au tableau, tant qu'il n'en a pas été rayé, il doit être porté et maintenu au rôle des patentes. Peu importe, d'autre part, que cet individu fasse certains actes de la profession d'avocat; peu importe même qu'il exerce cette profession comme avocat stagiaire; tant qu'il n'est pas inscrit au tableau, il ne doit pas la patente, le fisc ne peut pas le faire avocat malgré lui, ou même de son gré, mais malgré l'ordre des avocats, qui peut-être le repousserait.

Ces deux principes ont été posés et maintenus jusqu'à ce jour par le Conseil d'État avec une fermeté d'autant plus remarquable que, pour les consacrer, il a dû évidemment s'écarter de sa jurisprudence en matière de patentes ordinaires; mais les termes de la loi de 1850, qui ne s'attache qu'au fait de l'inscription sur le tableau, lui ont permis ici de prendre en considération les exigences spéciales de la profession d'avocat et surtout l'intérêt d'ordre public que l'application pure et simple des règles fiscales aurait, comme on l'a déjà vu (n° 8, *suprà*), gravement compromis. J'ai eu la satisfaction de donner des conclusions, comme organe du ministère public, dans la première affaire de ce genre qui a nettement amené la question; je crois pouvoir reproduire ici ces conclusions.

En fait, dans l'espèce à laquelle je fais allusion, M. Desaux, inscrit sur le tableau de l'ordre des avocats de Bar-le-Duc, exposait et prouvait que, depuis sept ou huit ans, il s'était retiré à la campagne; qu'il s'y livrait à l'agriculture et même à l'industrie, puisqu'il exploitait un moulin, à raison duquel il payait patente; qu'ainsi il n'exerçait pas et qu'il ne pouvait même pas, d'après les règlements du barreau, exercer la profession d'avocat. Le conseil de préfecture l'ayant néanmoins maintenu à la patente d'avocat pour les sept derniers mois de 1850 et pour l'année 1851, il s'est pourvu devant le Conseil d'État, et j'ai conclu au rejet partiel de son pourvoi dans les termes suivants :

« Cette affaire ramène devant le Conseil une question qu'il semble « avoir déjà tranchée deux fois : mais elle se présentait alors dans « des circonstances trop différentes pour que les décisions inter-

Digitized by Google

« venues constituent des précédents applicables à l'espèce actuelle. « Il s'agit de savoir si, pour les avocats, le fait de l'inscription au « tableau doit seul être pris en considération, abstraction faite de « l'exercice réel ou même possible de la profession, ou, si, soit pour « les soumettre à la patente, soit pour les en affranchir, le principe « général de cet exercice, qui découle de l'article 1er de la loi du « 25 avril 1844, doit être maintenu, de telle sorte que l'inscription « au tableau ne serait alors qu'une indication, une présomption, « admettant, de la part de l'avocat ou de la part de l'administra- « tion, la preuve contraire.

« Deux fois déjà le Conseil semble avoir placé les avocats dans « une situation exceptionnelle à cet égard : car, par deux décisions « des 22 novembre 1851 (*Baze*) et 5 mars 1852 (*Capdeville*), il a « paru s'attacher uniquement au fait de l'inscription sur le tableau.

« Mais, d'une part, M. Baze demeurait avocat; il avait lui-même « demandé à être maintenu sur le tableau, et l'incompatibilité qu'il « alléguait, entre ses fonctions de représentant du peuple et son « titre d'avocat, n'était évidemment pas sérieuse. D'autre part, il « est vrai que M. Capdeville n'exerçait pas; mais rien ne prouvait « qu'il n'eût pas l'intention d'exercer, qu'il fût volontairement un « avocat sans causes, et dès lors il ne pouvait pas plus obtenir, à « titre de droit, la décharge de sa patente que le commerçant qui « ne verrait arriver à lui aucun chaland.

« Ici, au contraire, il est constant, il est reconnu que M. Desaux, « depuis 1843, a volontairement cessé de faire aucun acte de la « profession d'avocat, qu'il n'habite plus Bar, mais la campagne, « et qu'il exerce même une industrie inconciliable avec le barreau. « S'il a été maintenu sur le tableau de l'ordre, c'est qu'il n'avait « aucun intérêt à se faire rayer; c'est qu'il attachait quelque prix « à se rattacher, par un titre désormais honorifique, à son ancienne « profession; c'est qu'enfin le conseil de discipline, fidèle aux tra- « ditions de l'ordre en pareil cas, n'avait pas cru devoir prendre, « vis-à-vis d'un ancien confrère qui n'avait pas démérité, l'initiative « d'une radiation.

« Si donc le principe général devait être suivi, aucun doute ne « s'élèverait, en fait, quant à M. Desaux, et les situations analo- « gues à celle dans laquelle il se trouve sont assez communes dans « l'ordre des avocats; elles l'étaient du moins jusqu'à ces derniers « temps.

« Il importe même, pour que la question soit bien résolue, de « signaler au Conseil les inconvénients que peut présenter le sys- « tème qui s'attache uniquement au fait de l'inscription sur le ta- « bleau. Ainsi, d'abord, les avocats stagiaires n'y sont pas inscrits; « or le stage, qui doit durer au moins trois ans, peut avoir une

Digitized by Google

« durée plus longue, il n'a pas de terme fatal et forcé, et cepen-
« dant l'avocat stagiaire, sauf l'éligibilité au conseil de l'ordre et le
« droit de remplacer les juges absents ou empêchés, possède à peu
« près les mêmes prérogatives que l'avocat inscrit au tableau; il
« peut plaider, il peut donner des consultations, etc.; il est, dès
« lors, possible de craindre que des avocats, exerçant utilement leur
« profession, ne se fassent pas inscrire, et ne préfèrent rester in-
« définiment sur la liste des stagiaires, au détriment des droits du
« trésor.

« Un autre abus peut encore être supposé. Le Conseil sait que
« les avoués ont le droit de plaider là où il n'y a pas un certain
« nombre d'avocats inscrits au tableau. Cela étant, ne peut-on pas
« prévoir que l'ordre des avocats, pour exclure les avoués de la
« plaidoirie, devant des tribunaux où cette exclusion ne serait pas
« légalement et réellement possible, portera sur le tableau certains
« avocats qui n'exercent pas, et auxquels il fera payer une patente
« dont ils n'auront aucun moyen de se faire affranchir, si le fait de
« l'inscription au tableau suffit? Ne peut-on pas, en sens inverse,
« prévoir que l'ordre des avocats se contentera, dans certains sièges,
« de porter sur le tableau le nombre d'avocats strictement néces-
« saire pour exclure les avoués de la plaidoirie, en laissant tous
« les autres sur la liste des stagiaires et les dispensant ainsi de la
« patente? N'y a-t-il pas là une source de fraudes préjudiciables au
« trésor et contraires aux règlements mêmes du barreau?

« Toutefois, sans méconnaître la valeur relative de ces objections
« et de ces considérations, nous les regardons comme essentielle-
« ment secondaires, et nous croyons que les raisons sérieuses et
« élevées se pressent pour justifier le système opposé.

« Nous admettons assurément qu'en thèse générale la patente
« suppose et exige l'exercice effectif de la profession, et ce principe
« de la loi de 1844 nous paraît également applicable, dans une cer-
« taine mesure, à plusieurs des professions patentées pour la pre-
« mière fois en vertu de la loi de 1850. Mais cette dernière loi a
« évidemment voulu, en ce qui concerne une partie de ces mêmes
« professions, déroger au principe que nous venons de rappeler.
« Elle l'a voulu d'abord à l'égard des avoués, des notaires et autres
« officiers publics : pour eux, le titre seul fait présumer l'exercice,
« il exclut même la preuve contraire[1]. Il doit en être de même, la
« loi doit recevoir la même interprétation, quoique l'analogie ne soit
« pas complète, en ce qui touche les avocats inscrits au tableau.
« En effet, tout en assujettissant à la patente certains contribua-
« bles qui n'y avaient jamais été soumis, ou que la loi de 1844 en

[1] Voir les détails donnés à ce sujet, n° 7, *suprà*.

Digitized by Google

« avait dispensés, le législateur de 1850 a pris soin de déclarer, par « l'organe de M. Gouin, rapporteur de la commission [1], qu'il cédait « uniquement à des exigences financières, qu'il subissait à regret « la pression des circonstances, et que les immunités accordées ou « maintenues en 1844 lui paraissaient toujours (nous n'hésitons « pas à dire qu'elles sont effectivement) conformes à la justice et aux « vrais principes de la matière. Sous l'influence de ces considéra- « tions, le législateur de cette époque a pris, dans l'intérêt public, « les précautions qui lui ont paru propres à ne pas altérer le ca- « ractère exceptionnel de quelques-unes des professions qu'il at- « teignait, et c'est ainsi qu'il a soumis à la patente, non pas les « avocats en général, mais seulement les avocats inscrits au ta- « bleau. Prétendre que l'inscription au tableau n'est qu'une pré- « somption admettant la preuve contraire, c'est d'abord prêter à « la loi une véritable naïveté, en ce sens qu'il eût été au moins « inutile de donner législativement à l'administration une indi- « cation à laquelle elle ne pouvait pas manquer de recourir; « c'est, de plus, méconnaître l'esprit évident de cette loi. Elle a « voulu, nous le répétons, empêcher que les agents du fisc pussent « s'immiscer dans la formation du tableau de l'ordre : elle a voulu « laisser les avocats maîtres de leur tableau : elle a voulu que nul « ne pût être considéré comme avocat, même au point de vue fiscal, « s'il n'était admis et reconnu comme tel par l'ordre lui-même, et « que nul ne pût, sous prétexte qu'il payait une patente d'avocat, « revendiquer aux yeux du public le caractère et les prérogatives « de ce titre.

« Il serait étrange, en effet, que, tandis que la magistrature elle- « même n'exerce qu'une action si limitée sur le tableau des avo- « cats [2], les agents des contributions pussent, ne fût-ce qu'en « apparence, faire des avocats par voie d'inscription au rôle des « patentes. Il y aurait là, soit au point de vue des justes et hono- « rables susceptibilités de cette profession, soit dans l'intérêt gé- « néral, qui commande d'appeler sur elle et de lui conserver la « confiance publique, les plus graves inconvénients, et c'est avec « une profonde sagesse que le législateur a posé, pour cette pa- « tente, la règle spéciale de l'inscription au tableau.

« Ainsi l'avocat, par cela seul qu'il est inscrit et tant qu'il est « inscrit au tableau, doit la patente, sans pouvoir prouver qu'il « n'exerce pas, et réciproquement l'individu qui exercerait de fait

[1] Voir la citation faite, *parte in quâ*, de ce rapport, n° 4, *suprà*.

[2] Cette action était plus étroitement limitée par la jurisprudence, à l'époque où je m'exprimais ainsi, qu'elle ne l'est aujourd'hui; mais elle n'est pas encore et il faut espérer qu'elle ne deviendra pas illimitée.

Digitized by Google

« la profession d'avocat, soit comme avocat stagiaire, soit en don-
« nant des consultations, mais sans être inscrit au tableau de
« l'ordre, ne peut, sous aucun prétexte, être frappé de cette pa-
« tente ou demander à la payer.

« Peu importerait même qu'il y eût incompatibilité, par exemple
« aux termes de l'article 42 de l'ordonnance réglementaire du
« 20 novembre 1822 [1], entre certaines positions et la profession
» d'avocat. Ainsi un fonctionnaire public, qui ne se serait pas fait
« rayer ou qui n'aurait pas été rayé du tableau, devrait, selon
« nous, la patente. En d'autres termes, la règle spéciale que nous
« venons de développer nous paraît absolue dans son esprit, comme
« elle l'est dans le texte de la loi.

« Quant aux objections que nous avons relevées, nous avons déjà
« dit et nous allons établir qu'elles sont tout à fait secondaires et
« sans portée.

« En premier lieu, si l'expérience venait à prouver, contre toute
« vraisemblance, qu'un certain nombre d'avocats ne réclament pas
« leur inscription au tableau après les trois ans de stage, et qu'ils
« s'en abstiennent uniquement pour échapper à la patente, il serait
« bien facile de remédier à cet abus en assignant un maximum à
« la durée possible du stage. Mais ne voit-on pas que, dans maintes
« circonstances, le conseil de l'ordre pourrait soutenir que c'est lui
« qui refuse l'inscription au tableau, et qu'il la refuse par des mo-
« tifs dont il est seul juge? Comprendrait-on alors un débat entre
« le conseil de l'ordre et l'administration des contributions directes
« sur une pareille question, et cette administration faisant attribuer
« à tel avocat stagiaire, malgré l'ordre des avocats, le droit de sou-
« tenir, vis-à-vis du public, qu'il devrait être inscrit au tableau,
« qu'il doit être considéré comme y étant inscrit? Ajoutons, d'ail-
« leurs, que le calcul dont on redoute la possibilité est bien impro-
« bable en lui-même : il n'est pas à craindre, surtout, de la part
« des avocats dignes de ce nom, de ceux qui peuvent prétendre ou
« qui prétendent aux honneurs de l'ordre, et, si le tableau se ré-
« duisait en définitive aux avocats sérieux, la perte bien légère
« qu'en éprouverait le trésor ne serait pas sans compensation sous
« d'autres rapports.

[1] Voici le texte de cet article : « La profession d'avocat est incompatible « avec toutes les fonctions de l'ordre judiciaire, à l'exception de celle de « suppléant; avec les fonctions de préfet, de sous-préfet et de secrétaire gé- « néral de préfecture; avec celle de greffier, de notaire et d'avoué; avec les « emplois à gages et ceux d'agent comptable; avec toute espèce de négoce. « En sont exclues toutes personnes exerçant la profession d'agent d'af- « faires. » Ces incompatibilités ne sont d'ailleurs pas les seules : voir à ce sujet M. Dalloz, *Nouveau Répertoire*, v° *Avocat*, n°s 162 et suiv.

Digitized by Google

« Nous serions, quant à nous, beaucoup plus touché d'une autre « prévision : nous regretterions bien davantage que la patente eût « pour résultat d'éliminer des rangs du barreau tous ces avocats « qui, après une longue carrière, tiennent à conserver, dans le repos « de la retraite, le titre d'une profession honorablement exercée, « ou tous ceux qui, sans chercher à se faire une clientèle, aiment « à figurer sur le tableau, pour donner à leurs loisirs un semblant « d'activité, ou pour se créer dans la société le relief d'une position « entourée de la considération publique. C'est là, après beaucoup « d'inconvénients plus profonds, un des inconvénients possibles de « la patente, si mal à propos imposée à ces professions. Nous es- « pérons toutefois que, de ce côté et par ce motif, l'ordre des avo- « cats ne fera pas de pertes sensibles : nous nous en féliciterons « surtout pour lui, et accessoirement pour le trésor.

« En second lieu, nous avouons que nous n'attachons pas la « moindre importance à ces spéculations, à ces manœuvres que « certains conseils de discipline pourraient employer pour exclure « les avoués de la plaidoirie. Indépendamment de ce qu'il nous « répugne de croire aisément à de pareilles fraudes, elles ne se- « raient possibles que dans des cas fort exceptionnels, et, même « alors, elles pourraient être déjouées par la magistrature et par « le ministre de la justice : car ce sont les cours d'appel qui « indiquent, chaque année, les tribunaux dans lesquels le nombre « des avocats, dont le maximum ou le minimum à cet égard n'est « pas déterminé par les règlements, leur paraît suffisant ou insuffi- « sant pour exclure les avoués de la plaidoirie ou pour les y ad- « mettre, et leurs délibérations sur cet objet sont soumises à l'ap- « probation du ministre de la justice (ordonnance du 27 février 1822).

« Nous adhérons donc, en principe, à la décision prise, dans l'es- « pèce, par le conseil de préfecture, qui nous paraît avoir fait une « saine appréciation des termes de la loi, ainsi que de son esprit. « Nous y adhérons également en fait pour l'année 1850 : car la loi « du 18 mai de cette année a saisi les patentables nouveaux dans la « situation qu'ils occupaient, et d'ailleurs M. Desaux n'a réclamé « sa radiation du tableau qu'en 1851. Mais nous pensons que le con- « seil de préfecture a exagéré et faussement appliqué son principe « pour l'année 1851, M. Desaux ayant demandé et obtenu sa radia- « tion dès le 20 février 1851. En effet, lorsque l'individu imposé à « la patente comme avocat demande immédiatement sa radiation « devant le conseil de l'ordre, et réclame, dans le délai légal, contre « son imposition, la radiation, si elle est prononcée dans de telles « circonstances, doit le faire considérer comme n'ayant jamais été « inscrit au tableau, pour l'année qui fait l'objet du débat : le fait « matériel, dans ce cas, est réputé n'avoir jamais existé, et la

Digitized by Google

« conséquence légale qu'il avait un instant produite doit dispa-
« raître aussi. »

Le Conseil d'État a consacré cette opinion et a donné sa sanction à nos conclusions, par trois arrêts, en date du 3 juin 1852, ainsi conçus :

Premier arrêt.

« Vu la requête présentée par le sieur Charles Desaux, de-
« meurant à Massey (Meuse), ladite requête tendant à l'an-
« nulation d'un arrêté du conseil de préfecture de la Meuse,
« en date du 13 septembre 1851, qui l'a maintenu à la con-
« tribution des patentes à laquelle il a été imposé, pour les
« sept derniers mois de l'année 1850, aux rôles de la com-
« mune de Bar-le-Duc, en qualité d'avocat;

« Considérant que la loi du 18 mai 1850 (tableau G) assu-
« jettit à la patente les avocats inscrits au tableau; qu'il ré-
« sulte de l'instruction que le requérant était inscrit, en 1850,
« au tableau des avocats près le tribunal de Bar-le-Duc;

« Art. 1er. La requête du sieur Desaux est rejetée [1]. »

Deuxième arrêt.

« Vu la requête présentée par le sieur Charles Desaux, etc...
« pour l'année 1851,

« Considérant qu'il résulte de l'instruction que le sieur
« Desaux, porté sur le tableau de l'ordre des avocats près le
« tribunal de première instance de Bar-le-Duc, et imposé,
« en cette qualité, à la patente pour l'année 1851, a, dès le
« commencement de cette année, adressé au conseil de l'ordre
« des avocats près ledit tribunal une demande en radiation;
« que, par délibération en date du 20 février de la même
« année, le conseil de l'ordre a ordonné cette radiation;
« qu'après cette radiation prononcée, et dans les trois mois
« de la publication des rôles, le sieur Desaux s'est pourvu
« contre son inscription au rôle des patentes; que, dès lors,
« c'est à tort que le conseil de préfecture de la Meuse a

[1] Cette rédaction avait été déjà employée par le Conseil dans les affaires Base (22 novembre 1851) et Capdeville (5 mars 1852). Mais j'ai indiqué les différences qui existaient entre ces deux premières affaires et celle-ci.

Digitized by Google

« maintenu le sieur Desaux au droit de patente auquel il a « été imposé, pour l'année 1851, au rôle de la commune de « Bar-le-Duc, en qualité d'avocat :

« Art. 1er. L'arrêté.... est annulé.

« Art. 2. Décharge est accordée au sieur Desaux du droit « de patente auquel il a été imposé au rôle de la ville de « Bar-le-Duc, en qualité d'avocat, pour l'année 1851. »

Troisième arrêt.

« Vu la requête présentée par le sieur Lyvet, chef de di- « vision à la préfecture de l'Ain [1], tendant à l'annulation d'un « arrêté du conseil de préfecture de l'Ain...., qui a rejeté « sa demande en décharge de la patente à laquelle il a été « imposé.... en qualité d'avocat;

« Considérant, etc. » (La décision est conçue dans les mêmes termes que le premier arrêt ci-dessus.)

D'autres arrêts, exactement semblables, sur les deux points, à ceux qui concernent M. Desaux, ont été rendus : 1° le 7 août 1852, à l'égard de M. *Divettain*, inscrit au tableau des avocats à Valognes; 2° le 19 novembre 1852, à l'égard de M. *Vissague*, inscrit au tableau des avocats au Puy; 3° le 26 novembre 1852, à l'égard de MM. *Descoutures* et *Morin*, inscrits au tableau des avocats à Limoges et à Coutances; 4° le 30 novembre 1852, à l'égard de M. *Castel*, inscrit au tableau des avocats à Carcassonne.

Il faut également joindre à ces arrêts ceux des 3 juillet 1852 (*Rodet*), 30 novembre 1852 (*Tatareau*), 12 septembre 1853 (*Huguet*), et 8 avril 1866 (*Callet*), intervenus dans des espèces analogues à celles des affaires Baze et Capdeville, c'est-à-dire dans des circonstances où la demande en décharge était uniquement fondée sur le fait, plus ou moins notoire, de la cessation de l'exercice de la profession.

Deux autres arrêts, des 15 décembre 1852 (*Audiffred*), et 2 février 1859 (*Mathivet*), ont maintenu à la patente les réclamants, quoiqu'ils se prévalussent, l'un de ses fonctions de juge de commerce, l'autre de ses fonctions de juge au tribunal civil, pour établir, comme dans l'affaire Lyvet, une

[1] Le réclamant argumentait de l'incompatibilité qui existait entre ses fonctions administratives et la profession d'avocat.

Digitized by Google

incompatibilité légale entre ces fonctions et la profession d'avocat.

Quant à la question que j'avais prévue pour l'avocat stagiaire, elle s'est posée deux fois devant le Conseil d'État sur le pourvoi de M. Réjaunier, avocat stagiaire à Lyon, contre deux arrêtés du conseil de préfecture du Rhône [1], qui l'avaient maintenu à la patente, par le motif que ses trois ans de stage étaient expirés, et qu'il exerçait de fait la profession d'avocat. Le Conseil d'État a réformé ces arrêtés par deux arrêts, en date des 26 novembre 1852 et 17 mars 1853, dont le premier est ainsi motivé :

« Considérant qu'aux termes de la loi du 18 mai 1850, « sont imposables au rôle des patentes les avocats inscrits au « tableau de l'ordre ; qu'il résulte de l'instruction et qu'il est « reconnu par l'administration que le sieur Réjaunier, qui « comptait en 1851 parmi les avocats stagiaires, n'était point « inscrit au tableau de l'ordre des avocats près la Cour « d'appel de Lyon; que dès lors c'est à tort que le conseil de « préfecture du Rhône l'a maintenu, pour ladite année, au « rôle des patentes de la ville de Lyon en qualité d'avocat :

« Art. 1er. L'arrêté.... est annulé, etc. »

Il a de même été jugé que l'ancien avocat, qui, après s'être fait rayer du tableau, continue à donner quelques consultations, ne doit pas être imposé ou maintenu à la patente comme avocat. C'est ce qui résulte de l'arrêt suivant (25 juin 1857) :

« Considérant que, d'après les dispositions de l'article 13 « de la loi du 25 avril 1844 et du tableau G annexé à la loi « du 18 mai 1850, les avocats inscrits au tableau des cours « et tribunaux sont seuls imposables à la contribution des « patentes;

« Considérant qu'il résulte de l'instruction et qu'il est reconnu par notre ministre des finances que, depuis le mois « de novembre 1855, le sieur Saclier n'était plus inscrit au tableau de l'ordre des avocats près le tribunal civil de Mâcon; « que dès lors, c'est à tort que le conseil de préfecture de

[1] Ils étaient conformes, ainsi qu'on l'a vu (n° 8, *suprà*), à l'opinion consignée dans une circulaire de l'administration des contributions directes, du 4 novembre 1850.

Digitized by Google

« Saône-et-Loire a rejeté sa demande en décharge de la con-
« tribution des patentes à laquelle il a été imposé pour
« l'année 1856 en qualité d'avocat [1].»

En revanche, l'individu qui est imposé à la patente en une autre qualité, par exemple, comme agent d'affaires, s'il n'est pas inscrit au tableau des avocats, ne saurait réclamer la décharge de cette patente, en se fondant sur ce que sa véritable profession serait celle d'avocat. Ainsi l'ont jugé divers arrêts des 31 mai 1854 (*Ledo*), 18 juillet 1855, (*Desprez*) 18 mars, 1857 (d'*Hubert*, *Charnal*, *Mozand*), 28 décembre 1858 (*Charnal*), 18 avril 1860 (*Tropania*, *Sousbia*), 21 novembre 1861 (*Barne*), 4 avril 1862 (*Ledo et Moucassin*), 15 avril 1863 (*Donadio*), 23 juillet 1863 (*Florens*), 5 décembre 1865 (*Blanchard*), 8 janvier 1867 (*Baratier*), etc. Tous ces arrêts sont rédigés dans des termes analogues; je citerai seulement ceux des 18 avril 1860 et 21 novembre 1861. Le premier est ainsi conçu :

« Vu la requête patentée par le sieur Sousbie, tandant
« à ce qu'il nous plaise.... accorder au requérant la décharge
« demandée (de la présente d'agent d'affaires), attendu qu'il
« est licencié en droit, qu'il a prêté serment devant la cour
« Impériale de Paris, que les actes qui ont motivé son impo-
« sition ont été faits en cette qualité, et que, s'il représente
« les tiers devant la justice de paix, ce n'est point en vertu de
« mandats salariés:

« Considérant qu'il résulte de l'instruction que le sieur
« Sousbie a un cabinet d'affaires ouvert au public; qu'il ac-
« cepte des mandats comme amiable compositeur pour re-
« présenter les tiers et défendre leurs intérêts, notamment
« devant la justice de paix ; que ces faits n'ont pas un carac-
« tère accidentel et donnent lieu à des rétributions au profit
« du sieur Sousbie ;

« Considérant que le sieur Sousbie ne justifie pas qu'il soit
« inscrit sur le tableau de l'ordre des avocats et qu'il ait été
« imposé, comme exerçant cette profession, aux droits de
« patente pour l'année 1859; que, dans ces circonstances,
« c'est avec raison qu'il a été imposé et maintenu pour la-

[1] Voir aussi dans le même sens divers arrêts des 29 avril 1863 (*Forest*), 6 août 1864 (*Brion*), 30 mai 1866 (*Dousseaud*), 15 juin 1866 (*Fleucaud*), 18 décembre 1867 (*Dons*), 8 février 1869 (*Blanchard*), etc.

Digitized by Google

« dite année, sur le rôle de la commune d'Aire, comme exer-
« çant la profession d'agent d'affaires, etc. »

Voici maintenant celui du 21 novembre 1861 :

« Considérant que le sieur Barne, licencié en droit, a cessé,
« sur sa demande, d'être inscrit au tableau des avocats près
« le tribunal de Tarascon ;

« Mais considérant que le sieur Barne continue d'avoir un
« cabinet d'affaires ouvert au public, qu'il y donne des con-
« sultations pour lesquelles il reçoit des honoraires, et qu'il
« assiste ses clients devant les justices de paix et le tribunal
« de commerce; que, lors même qu'il ne recevrait pas de
« mandats pour les représenter devant ces juridictions, ces
« faits constituent l'exercice de la profession d'agent d'af-
« faires; que dès lors c'est avec raison qu'il a été porté et
« maintenu sur le rôle des patentables de la ville d'Arles,
« pour l'année 1860, comme exerçant la profession d'agent
« d'affaires, etc. »

Enfin, de ce que la loi n'assujettit à la patente que l'avocat *inscrit au tableau*, il y a lieu de conclure qu'il ne peut y être imposé qu'à dater de cette inscription, et non à dater de l'époque où il aurait pu être inscrit par suite de l'expiration de son temps de stage : ce seul fait, en effet, n'équivaut pas à une inscription, qui d'abord peut n'être pas demandée, et qui d'ailleurs, fût-elle demandée, peut être refusée ou ajournée. La solution contraire avait cependant été admise par un conseil de préfecture; mais cette erreur a été redressée par l'arrêt suivant du Conseil d'État (18 juin 1866) :

« Vu la requête présentée par le sieur Hérard, tendant à
« ce qu'il nous plaise annuler un arrêté du...., par lequel le
« conseil de préfecture de la Charente-Inférieure a rejeté sa
« demande en réduction de la patente à laquelle il a été im-
« posé pour 1865, en qualité d'avocat, sur le rôle de la ville
« de la Rochelle; ce faisant, attendu que c'est seulement par
« une délibération du conseil de l'ordre des avocats de la
« Rochelle, du 9 juillet 1865, qu'il a été admis sur le tableau
« des avocats de la ville; que dès lors, aux termes de l'ar-
« ticle 23 de la loi du 25 avril 1844, il n'est passible des droits
« de patente que pour les six derniers mois de ladite année,
« et que l'administration n'est pas fondée à soutenir que c'est

Digitized by Google

« à dater du 14 janvier 1865, jour où ont pris fin ses trois an-
« nées de stage, qu'il doit être soumis à la patente;

« Considérant que la loi du 18 mai 1850 n'assujettit à la
« patente que les avocats inscrits au tableau, et que c'est
« seulement par une délibération du conseil de l'ordre, en
« date du 9 juillet 1865, que le sieur Hérard a été admis sur
« le tableau de l'ordre des avocats de la ville de la Rochelle;
« que dès lors il est fondé à prétendre qu'aux termes de l'ar-
« ticle 23 de la loi du 25 avril 1844, il n'était passible des
« droits de patente que pour les six derniers mois de
« l'année 1865, etc. »

§ 4. — *Docteurs en chirurgie, docteurs en médecine, chirurgiens dentistes, officiers de santé, vétérinaires.*

29. On a déjà vu (n° 7, *suprà*) que, quant aux diverses professions qui se rattachent à l'art de guérir, le titre ne suffit pas pour donner lieu à la patente: le médecin, l'officier de santé, etc., qui a notoirement cessé d'exercer, ne doit plus la patente, encore bien qu'il puisse continuer à figurer sur les tableaux dressés en exécution des lois spéciales, et notamment de la loi du 19 ventôse an XI. Sous ce rapport, le principe général de l'article 1er de la loi du 25 avril 1844 leur est applicable, à la différence des avocats inscrits au tableau des cours et tribunaux. Mais ce même principe est inapplicable à plusieurs de ces professions sous un autre aspect, en ce sens que le fait matériel de l'exercice, isolé du titre légal, et constituant une contravention aux lois de la matière, ne suffit pas pour autoriser l'administration à établir une paente de docteur en médecine, de docteur en chirurgie, ou d'officier de santé. En un mot, le titre légal, le diplôme ou le brevet est indispensable, mais il ne suffit pas toujours pour que la patente du tableau G soit due. Je me réfère, sur cette double proposition et sur les graves considérations qui ont déterminé cette jurisprudence, aux développements que j'ai donnés dans la section II de ce travail, et qui ne concernent pas uniquement les professions médicales (n° 8, *suprà*).

On a vu également (n° 18, *suprà*) que le médecin fonctionnaire public, qui ne fait, en dehors de sa fonction, aucun acte de sa profession, est dispensé de la patente.

30. Il ne me reste guère d'autre question spéciale à indiquer

Digitized by Google

ici, que celle de savoir si les médecins attachés au service des pauvres ou des hospices, par une nomination de l'autorité publique, et qui exercent leur profession cumulativement avec ce service, peuvent réclamer la même exemption. La loi du 1er brumaire an VII, qui a régi l'impôt des patentes jusqu'à la loi de 1844, soumettait les médecins à la patente; mais son article 29 en affranchissait ceux qui étaient régulièrement chargés du service des pauvres ou des hospices, et cette disposition avait été complétée par une loi interprétative du 9 brumaire an VIII et par un décret du 25 thermidor an XIII, qui avaient déclaré que la dispense s'appliquait même à ceux de ces médecins qui exerçaient aussi leur art chez les particuliers. La loi du 25 avril 1844 ayant affranchi tous les médecins de la patente, les exceptions spéciales de la législation antérieure devinrent sans objet. Mais, lorsque la loi du 18 mai 1850 eut assujetti de nouveau ces professions à l'impôt dont elles avaient été déchargées en 1844, un certain nombre de médecins attachés au service des pauvres ou des hospices soutinrent que la règle de la loi de l'an VII était virtuellement rétablie avec ses exceptions, et que celles-ci, bien qu'elles eussent été abrogées par la loi de 1844, étaient de plein droit remises en vigueur par l'abrogation de cette dernière loi. Le Conseil d'État n'a pas hésité à condamner cette prétention. En principe, l'abrogation d'une loi ne fait pas revivre nécessairement les actes antérieurs que cette loi avait elle-même abrogés: il faudrait que leur rétablissement fût la conséquence forcée de cette abrogation, et telle n'était pas ici la situation. On comprend en effet que le médecin qui est appelé par l'administration à desservir un hospice, un asile d'aliénés, etc., est presque toujours un homme à qui son habileté rend déjà sa profession lucrative, et qui recueillera, de cette désignation même, un accroissement presque infaillible dans sa clientèle privée: il peut et doit dès lors, mieux que beaucoup d'autres de ses confrères, supporter la charge de la patente, sauf le cas où il serait exclusivement attaché à un service qui le transformerait purement et simplement en un véritable fonctionnaire public. Ainsi le silence de la loi de 1850, outre qu'il suffisait pour déterminer le rejet de la thèse soutenue par les médecins dont il s'agit, est fondé sur des raisons qui le justifient pleinement.

Digitized by Google

C'est en ce sens qu'il a été statué par divers arrêts des 27 février (*Geoffroy*), 5 mars (*Arcelin*), 15 avril (*Bonnefons* et *Delourmel*), 24 juillet (*Delourmel* et *Colin*), 7 août (*Lefebvre*), 26 novembre 1852 (*Ricard*), etc. Il suffira de rapporter ici deux de ces arrêts. Celui du 27 février 1852 est ainsi conçu:

« Vu la requête présentée par le sieur Geoffroy, médecin « en chef de l'asile d'aliénés du département de Vaucluse, etc.

« Considérant qu'il résulte de l'instruction que le sieur « Geoffroy a exercé en 1850 la profession de médecin, tant « dans l'établissement des aliénés d'Avignon qu'en dehors de « cet établissement; que la loi du 18 mai 1850 a soumis les « médecins au payement de la patente, et ne contient aucune « exemption ou dispense au profit des médecins attachés au « service des pauvres ou des établissements de bienfaisance:

« Art. 1^er^. La requête du sieur Geoffroy est rejetée. »

Voici celui du 26 novembre 1852:

« Vu la requête présentée par le sieur Ricard, médecin et « inspecteur des enfants trouvés du département de la Cha- « rente, etc.

« Considérant que la loi du 25 avril 1844, en remplaçant « par une exemption générale, en faveur des docteurs en « médecine ou en chirurgie et des officiers de santé, l'exemp- « tion spéciale établie en faveur des médecins attachés au « service des hôpitaux ou au service des pauvres par la loi du « 1^er^ brumaire an VII et par le décret du 25 thermidor an XIII, « a abrogé implicitement ces dispositions; que la loi du « 18 mai 1850, en supprimant l'exemption accordée par la « loi du 25 avril 1844, n'a pas rétabli celles qui résultaient « des dispositions antérieures ci-dessus rappelées :

« Art. 1^er^. La requête du sieur Ricard est rejetée. «

31. Ajoutons même que l'exercice purement gratuit de la profession, quand il serait d'ailleurs constant que la profession est réellement et habituellement exercée, ne constituerait pas une cause d'exemption de la patente. Cette circonstance se présentait et cette solution a été adoptée dans l'une des affaires qui viennent d'être indiquées : nous voulons parler de l'affaire *Arcelin*. S'il est, en effet, possible et souvent facile de constater qu'en fait tel médecin a cessé d'exercer sa profession, il serait, au contraire, assez difficile, dans la plupart des cas, d'établir qu'il ne reçoit pas d'honoraires: obliger

Digitized by Google

l'administration ou le contribuable à faire ou à débattre cette preuve, ce serait courir le risque de tomber fréquemment dans des inquisitions à la fois vexatoires et impuissantes. D'ailleurs, si le médecin sans malades doit la patente, par cela seul qu'il attend et désire la clientèle, il n'y a rien d'injuste à imposer cette contribution au médecin qui, de son plein gré, renonce habituellement à tirer profit de son état.

Le Conseil d'État semble être allé plus loin encore par un arrêt du 28 mars 1860, ainsi conçu :

« Vu la requête du sieur Arlin, tendant à ce qu'il nous plaise « annuler un arrêté..... par lequel le conseil de préfecture de « la Vienne a rejeté la demande qu'il avait formée à l'effet « d'obtenir décharge des droits de patente auxquels il a été « imposé, pour l'année 1859, sur le rôle de la ville de Poi- « tiers, comme exerçant la profession de docteur en méde- « cine ; ce faisant, lui accorder la décharge demandée, attendu « qu'il n'exerce plus la profession de médecin et qu'il se borne à « donner des soins gratuitement aux pauvres et à remplir « les fonctions de médecin en chef de l'hôpital général :

« Considérant qu'il résulte de l'instruction et qu'il est d'ail- « leurs reconnu par le sieur Arlin que, pendant l'année 1859, « il était médecin en chef de l'hôpital général de la ville de « Poitiers et qu'il donnait, en cette qualité, ses soins aux « malades dudit hôpital ; que, dans ces circonstances, c'est « avec raison que le conseil de préfecture l'a maintenu, pour « l'année 1859, sur le rôle de la ville de Poitiers, aux droits « de patente auxquels sont assujettis les docteurs en méde- « cine, etc. »

On pourrait, à première vue, conclure de cet arrêt que le Conseil d'État est revenu sur la jurisprudence ci-dessus rappelée, qui a maintenu, en faveur des patentables du tableau G, le bénéfice de l'exception accordée aux fonctionnaires publics par l'article 13, n° 1, de la loi du 25 avril 1844. Toutefois cette induction me semblerait erronée : car le médecin d'un hospice, qui n'est pas en même temps (comme dans l'affaire Mérier, n° 18 *supra*) directeur de cet établissement, et qui ne se consacre pas tout entier aux fonctions publiques dont il est investi, exerce suffisamment sa profession pour qu'il n'y ait pas lieu de l'exempter de la patente. Dans l'espèce, d'ailleurs, le sieur Arlin reconnaissait lui-même le fait de cet exercice à l'é-

Digitized by Google

gard des pauvres ; il se prévalait seulement de la gratuité de ses soins, et ce moyen comportait la réponse qui vient d'être faite sur l'affaire Arcelin.

32. En ce qui concerne spécialement les dentistes, qu'aucune loi n'oblige à subir des épreuves déterminées, on pourrait soutenir, si le législateur n'y avait pas avisé, que le fait seul de l'exercice de la profession suffit pour donner lieu à la patente de chirurgien dentiste. Mais la situation a été réglée par la loi de finances du 4 juin 1858, qui a imposé à la patente de la septième classe du tableau A le dentiste *non pourvu du diplôme du docteur en médecine, de chirurgien ou d'officier de santé.* Ainsi de deux choses l'une : ou le dentiste a l'un de ces diplômes, et alors il doit la patente du tableau G; ou il n'a aucun diplôme, et alors il doit la patente de la loi précitée de 1858. L'administration ne pourra même pas en général, dans le dernier de ces cas, élever la prétention d'imposer le dentiste, exerçant réellement cette profession sans diplôme, à la patente dont la loi du 18 mai 1850 (tableau D, première classe) a frappé *le fabricant ou marchand de dents ou râteliers artificiels:* car ce dentiste sera habituellement fondé à soutenir que la vente d'objets de ce genre n'est qu'un accessoire indispensable de sa profession principale, et c'est en effet ce qui a été jugé, notamment, par un arrêt du Conseil d'État du 19 mars 1864 (*Surbled*).

§ 5. — *Greffiers.*

33. En soumettant les greffiers à la patente, le législateur de 1850 paraît n'avoir porté sa pensée que sur ceux de ces officiers publics auxquels s'applique la faculté de transmission établie par l'article 91 de la loi du 28 avril 1816, c'est-à-dire les greffiers de la Cour de cassation, des cours impériales, des tribunaux de première instance, des tribunaux de commerce et des justices de paix (art. 88 de la même loi). Ainsi, par exemple, le secrétaire de la section du contentieux du Conseil d'État, encore bien qu'il soit un greffier, encore bien qu'il perçoive des droits qui sont expressément qualifiés *frais de greffe* (ordonnance du 18 janvier 1826), eût été parfaitement fondé à réclamer contre la patente que l'administration aurait pu être tentée de lui imposer.

Digitized by Google

De même il a été jugé, le 19 décembre 1855 (*Vallier*), que, si la loi du 18 mai 1850 assujettit les greffiers à la patente, cette dénomination ne s'applique qu'au titulaire de l'office, et non aux commis greffiers. La prétention contraire s'appuyait sur ce que les commis greffiers tiennent des articles 54, 55 et 57 du décret du 6 juillet 1810 une existence légale qui semble leur faire une position spéciale et distincte; mais, en réalité, ils ne sont toujours que de simples employés à traitement fixe, et ils ne jouissent pas du droit de transmission accordé aux greffiers par l'article 91 de la loi de 1816.

C'est par la même raison qu'il a été jugé que les greffiers des conseils de guerre ne sont pas soumis à la patente. L'arrêt intervenu sur cette question (11 janvier 1853), est ainsi conçu :

« Vu la requête présentée par le sieur Michel, greffier du « deuxième conseil de guerre de la quatorzième division « militaire,... tendant à l'annulation d'un arrêté, en date « du 25 juin 1852, par lequel le conseil de préfecture de la « Charente-Inférieure a rejeté la réclamation qu'il avait formée « à l'effet d'obtenir décharge de la patente à laquelle il a « été imposé en ladite qualité, pour 1851, au rôle de la « ville de la Rochelle :

« Considérant que les greffiers près les conseils de guerre, « nommés par le ministre de la guerre et rétribués seule- « ment au moyen d'un traitement fixe payé par le trésor « public, sont des agents du gouvernement et ne rentrent pas « dans la catégorie des officiers publics auxquels la loi « du 28 avril 1816 reconnaît le droit de présenter un succes- « seur à la nomination du chef de l'Etat et que la loi du « 18 mai 1850, tableau G, assujettit à la contribution des « patentes; que, dans l'espèce, le sieur Michel, greffier près « le conseil de guerre de la quatorzième division militaire, « était fondé à demander l'exemption de la patente, par appli- « cation de l'article 13, § 1^er^ de la loi du 25 avril 1844:

« Art. 1^er^. L'arrêté.... est annulé.

« Art. 2. Décharge est accordée au sieur Michel, etc. »

Je rappelle d'ailleurs que j'ai eu (n° 16, *suprà*) l'occasion d'examiner la question de savoir si le droit proportionnel de patente imposé aux greffiers doit porter sur les locaux affectés au service public du greffe.

Digitized by Google

§ 6. — *Chefs d'institution et maîtres de pension.*

34. Les pensionnats tenus par des instituteurs primaires donnent-ils lieu à la patente? Ces instituteurs peuvent-ils être alors considérés comme *maîtres de pension?*

Si la question devait être résolue par la législation antérieure à la loi du 15 mars 1850 sur l'enseignement, la négative ne ferait aucune difficulté. En effet, le décret organique du 17 mars 1808 distinguait parfaitement (art. 5) les institutions, les pensions, les écoles primaires; il assignait à chacun de ces établissements la nature, l'objet et les limites de son enseignement; il exigeait (art. 31), pour le chef d'institution, pour le maître de pension, des conditions qui différaient entre elles, et qui différaient aussi de celles auxquelles l'instituteur primaire était soumis, notamment en ce que ce dernier n'était pas, comme les deux premiers, obligé de justifier du grade de bachelier ès lettres. Cet état de choses n'avait point été changé par l'article 12 de l'ordonnance réglementaire du 21 avril 1828, qui avait permis aux instituteurs primaires d'adjoindre des pensionnats à leurs écoles, mais à la condition de se renfermer toujours dans le cercle de l'instruction primaire, dans les termes de leur brevet de capacité. Enfin la loi du 28 juin 1833 avait également maintenu, d'une manière implicite, la faculté de tenir des pensionnats primaires, sans les confondre avec les institutions et les pensions proprement dites. Ainsi, sous l'empire de cette législation, l'instituteur primaire qui tenait un pensionnat n'était pas, pour cela, un maître *de pension;* il demeurait un instituteur, un maître *d'école.*

Mais la loi du 15 mars 1850 ne distingue plus les institutions et les pensions; elle n'admet plus ces deux catégories d'établissements particuliers d'instruction secondaire; elle n'en établit qu'une seule, quant aux conditions de capacité qu'elle exige des chefs ou directeurs de ces établissements, et sauf à eux à varier l'enseignement ainsi que bon leur semblera dans la pratique. Elle ne supprime d'ailleurs pas les pensionnats primaires; elle les conserve, au contraire, par son article 53; mais enfin elle ne conserve pas et par là même elle efface la triple distinction précédemment établie entre les chefs d'institution,

Digitized by Google

les maîtres de pension et les instituteurs tenant des peusions primaires.

Cela posé, quel sens la loi du 18 mai 1850 a-t-elle entendu donner à ces mots : *chefs d'institution et maîtres de pension*?

Si je ne me trompe, les rédacteurs de cette loi, dont le travail a précédé la promulgation de la loi du 15 mars (le rapport de M. Gouin a été déposé le 8 mars), ont pris ces expressions dans le sens légal qu'elles avaient encore à ce moment; ils se sont référés à la législation alors existante, à celle dont la langue était faite et usitée depuis quarante ans. S'ils avaient eu la pensée de se référer à la loi nouvelle, à une loi non encore achevée, ils n'auraient parlé ni de chefs d'institution ni de maîtres de pension; ils auraient soumis à la patente les chefs ou directeurs d'établissements particuliers d'instruction secondaire et les instituteurs primaires tenant un pensionnat, en supposantd'ailleurs qu'ils eussent cru devoir frapper ceux-ci de cette contribution.

Indépendamment de cette raison, tirée de l'esprit manifeste de la loi, on peut remarquer que le droit de patente imposé aux chefs d'institution et maîtres de pension paraît avoir eu pour objet de remplacer le droit annuel auquel ils étaient soumis en 1850; or ce droit n'était pas dû par les instituteurs tenant des pensionnats primaires. Toutefois cet argument, qui a été développé avec quelque insistance par M. le ministre de l'instruction publique dans les observations que le Conseil d'État lui a demandées sur cette question, n'a pas une grande portée : car, de ce que la patente aurait été établie par suite et en compensation de la suppression du droit annuel, il ne s'ensuivrait pas nécessairement que le législateur ne lui eût pas, à cette occasion, donné une extension que n'avait pas ce même droit.

Quoi qu'il en soit, le Conseil d'État a fait prévaloir ici la lettre du texte sur l'esprit; il a décidé que l'instituteur primaire tenant un pensionnat est passible de la patente du tableau G. Son premier arrêt sur ce point, en date du 16 février 1853 (*Debuyser*), est ainsi conçu :

« Considérant que la loi du 18 mai 1850 assujettit à la « patente les maîtres de pension, sans distinguer si leurs « établissements appartiennent à l'instruction secondaire ou « à l'instruction primaire; qu'ainsi c'est avec raison que le

Digitized by Google

« sieur Debuyser, qui tenait un pensionnat primaire dans la « commune du Cateau en 1851, a été imposé et maintenu « pour ladite année à la patente de maître de pension, etc. »

La même solution a été consacrée par d'autres arrêts des 16 février (*Benoist*), 17 mars (*Cauchy*), 1er juillet 1853, (*Guittoger*)[1], 17 mai 1854 (*Danjou*). etc.

35. Mais du moins pour qu'un établissement d'instruction primaire soit passible de la patente, il faut que cet établissement ait réellement le caractère d'un pensionnat. L'arrêt suivant (9 janvier 1856,) a fait respecter cette condition :

« Vu la requête présentée par la dame Marie Laurentine, « supérieure du couvent de la Présentation à Vallon.... « tendant à ce qu'il nous plaise.... lui accorder la dé- « charge demandée, attendu que l'établissement qu'elle di- « rige est un établissement d'instruction primaire, et que les « enfants qui y sont reçus ne sont ni logés ni nourris par elle;

« Considérant qu'il résulte de l'instruction que l'établisse- « ment dirigé par la dame Marie Laurentine est un établis- « sement d'instruction primaire; que, d'après les dispositions « législatives ci-dessus visées (lois des 25 avril 1844 et « 18 mai 1850), la directrice d'un établissement de cet ordre « ne pourrait être soumise à la contribution des patentes « qu'autant qu'il aurait le caractère d'un pensionnat;

« Considérant que l'établissement est habituellement fré- « quenté par des externes, et que si, pendant la mauvaise sai- « son, la directrice consent à garder quelques élèves dont les « familles ont un domicile éloigné, cette circonstance ne peut « changer le caractère de l'établissement et faire considérer la « dame Marie Laurentine comme maîtresse de pension; que « dès lors c'est à tort qu'elle a été imposée, etc.;

« Art. 1er. Les arrêtés... sont annulé.

« Art. 2. Il est accordé décharge, etc. »

Un autre arrêt du 26 décembre 1860 (*Gilliès*) a statué dans les mêmes termes sur une situation analogue[2].

[1] Dans cette espèce, il s'agissait d'un frère de l'institut de Saint-Joseph, qui tirait de cette qualité un motif spécial de réclamation.

[2] V. aussi trois arrêts des 5 août 1854 (*Barban*), 23 juillet 1863 (*Fagouet*) et 27 novembre 1867 (*Vanhès*). Dans la seconde de ces affaires, il s'agissait également d'un simple externat. Dans la troisième le réclamant, instituteur libre, avait été autorisé par le préfet à recevoir provisoirement et temporairement quelques internes.

Digitized by Google

36. Au reste, dès que l'on est en présence d'une véritable institution ou d'une véritable pension, il est assez difficile de s'arrêter à la circonstance que quelques élèves seraient reçus gratuitement dans l'établissement. Ainsi l'a jugé un arrêt du 13 décembre 1855 (*Klein*), intervenu dans une espèce où le réclamant prétendait, non sans quelque apparence de fondement, qu'il tenait un établissement charitable ou de bienfaisance (dispensé de la patente) plutôt qu'une institution ou un pensionnat. Cet arrêt est ainsi conçu ;

« Vu la requête du sieur Klein, directeur de l'établisse-
« ment des frères de Marie à Ebermunster,.... tendant à ce
« qu'il nous plaise annuler un arrêté du 24 février 1855, par
« lequel le conseil de préfecture du Bas-Rhin a rejeté sa
« demande en décharge du droit de patente auquel il a été
« imposé pour l'année 1854, dans la commune d'Ebermu-
« ter, en qualité de chef d'institution ; ce faisant, lui accorder
« la décharge réclamée, par le motif que la maison qu'il
« dirige est un établissement charitable où les élèves sont,
« en partie du moins, admis gratuitement ;

« Considérant que, d'après le tableau G annexé à la loi
« du 18 mai 1850, les chefs d'institution et maîtres de pension
« sont passibles du droit proportionnel de patente, calculé
« à raison du quinzième de la valeur locative de leurs établis-
« sements ; qu'il n'a pas été admis d'exception en faveur de
« ceux qui reçoivent dans leurs établissements un certain
« nombre d'élèves à titre gratuit ;

« Considérant qu'il résulte de l'instruction et qu'il n'est
« pas contesté que la maison dirigée par le sieur Klein, sur
« quatre-vingt-dix élèves, en comptait trente qui payaient,
« en 1854, un prix de 200 francs ; qui, dès lors, c'est avec
« raison, etc. ;

« Art. 1er. La requête du sieur Klein est rejetée. »

La même décision a été reproduite, dans des circonstances à peu près semblables, par un arrêt du 29 février 1860 (*Baucharel*) et l'on peut encore citer, sinon comme identique, du moins comme analogue, l'arrêt suivant (6 mai 1863) :

« Vu le recours de notre ministre des finances, tendant
« à ce qu'il nous plaise annuler un arrêté... par lequel le
« conseil de préfecture de la Savoie a accordé au sieur Ros-

Digitized by Google

« sore, frère de la doctrine chrétienne, décharge des droits de « patente auxquels il a été imposé, pour l'année 1862, comme « exerçant la profession de maître de pension, etc.;.. — Vu « le mémoire en défense présenté par le sieur Rossore, et « concluant au maintien de l'arrêté attaqué, attendu qu'il ne « reçoit dans son établissement que des jeunes gens de qua- « torze à quinze ans, qui se destinent tous à l'enseignement « et à la vie religieuse; que son établissement n'a pas pour « objet la spéculation privée; qu'il est un noviciat de la « congrégation des frères de la doctrine chrétienne, reconnu « comme établissement d'instruction publique pour l'en- « seignement primaire, et que dès-lors il ne peut être « imposé aux droits de patente; — Vu la loi du 25 avril « 1844 ;

« Considérant qu'il résulte de l'instruction que l'établis- « sement dirigé par le sieur Rossore, frère de la doctrine « chrétienne, est une maison d'éducation libre, dans la- « quelle, pendant l'année 1862, ont été reçus quarante « élèves payant un prix annuel de pension au moins « de 250 francs; que, dans ces circonstances, c'est à tort « que le conseil de préfecture de la Savoie a accordé au « sieur Rossore décharge des droits de patente, etc.[1]. »

37. Est-il même nécessaire, pour les établissements d'instruction *secondaire*, comme la jurisprudence l'exige (n° 35, *suprà*) pour les établissements d'instruction *primaire*, qu'ils soient accompagnés d'un pensionnat? La négative résulte de deux arrêts des 10 décembre 1856 (*Bordet*) et 25 avril 1862 (*Boulgon*), dont le premier est ainsi conçu :

« Vu le recours de notre ministre des finances, tendant à « ce qu'il nous plaise annuler un arrêté, du 30 avril 1856, par « lequel le conseil de préfecture de la Seine a accordé au sieur « Bordet décharge de la contribution des patentes à laquelle « il avait été imposé, pour l'année 1855, dans la ville de Paris, « en qualité de maître de pension;

« Considérant que, d'après la loi du 18 mai 1850, tableau G, « les maîtres de pension et chefs d'institution sont passibles « de la patente :

[1] Il ne faut pas confondre ce cas avec celui des petits séminaires, qui ne sont pas seulement des établissements d'utilité publique (n° 40, *infrà*).

Digitized by Google

« Considérant que, pendant l'année 1855, le sieur Bordet a « tenu un externat dans lequel il donnait l'instruction secon- « daire ; qu'il prenait le titre de chef d'institution [1] ; qu'à rai- « son de ces faits, le sieur Bordet, soit qu'on le considérât « comme chef d'institution ou comme maître de pension, « était passible du même droit de patente ; que dès lors c'est « à tort, etc.

« Art. 1er. L'arrêté... est annulé.

« Art. 2. Le sieur Bordet sera rétabli, etc.

38. L'administration des contributions directes avait d'abord éprouvé quelque hésitation sur la question de savoir si la patente était due par les institutions ou pensionnats de jeunes filles. On lit, en effet, dans la circulaire déjà citée du 4 novembre 1850 (§ 6, n° 4) : *Rien n'indiquant positivement que la nouvelle loi soit applicable à ces institutions ou pensionnats, il conviendra de s'abstenir de les assujetir à l'impôt, jusqu'à ce que la question soulevée à cet égard ait été résolue.* Mais, plus tard, cette hésitation a disparu, et des instructions nouvelles ont prescrit de soumettre ces établissements à la patente, même alors qu'ils sont tenus par des communautés religieuses. Enfin la question, soumise au Conseil d'État, a été résolue dans le même sens par deux arrêts du 27 juillet 1853 (*demoiselle Mauguin* et *sœurs de Notre-Dame de Bon-Secours*). Il faut reconnaître, au surplus, que la solution admise sur la question générale des pensionnats primaires ne permettait guère de débattre sérieusement la question spéciale.

39. Les chefs ou directeurs des établissements *publics* d'instruction secondaire ou primaire sont-ils passibles de la patente, dans le cas où ces établissements reçoivent des pensionnaires? La négative a été décidée, avec toute raison, par un arrêt du 16 février 1853 (*Lacombe*), ainsi conçu :

« Vu la requête présentée par le sieur Lacombe, principal « du collége communal de Soissons,..... tendant à l'annula- « tion d'un arrêté, en date du 23 janvier 1852, par lequel le « conseil de préfecture de l'Aisne a rejeté sa demande en dé- « charge de la patente à laquelle il a été imposé pour 1851 « comme maître de pension ;

[1] Ajoutons qu'il le prenait légalement : car il avait satisfait aux conditions exigées par la loi du 15 mars 1850 pour tenir un établissement libre d'institution secondaire.

Digitized by Google

« Considérant qu'aux termes de la loi du 15 mars 1850, les « colléges communaux sont des établissements publics d'in- « struction secondaire; que, dans ceux qui sont destinés à re- « cevoir des élèves internes, les communes sont obligées de « fournir et entretenir le mobilier nécessaire à la tenue du « pensionnat; que les principaux de ces colléges sont des « fonctionnaires publics nommés par le ministre de l'instruc- « tion publique; que la loi du 18 mai 1850 n'a soumis à la « patente que les chefs d'institution et les maîtres de pension; « qu'il suit de là que le sieur Lacombe, principal du collége « communal de Soissons, était fondé à réclamer l'application « de l'article 13, n° 1, de la loi du 25 avril 1844, qui exempte « de la patente les fonctionnaires et employés salariés, soit « par l'État, soit par les administrations départementales ou « communales, en ce qui concerne l'exercice de leurs fonc- « tions; que dès lors c'est à tort que le conseil de préfecture « a rejeté sa demande en décharge de la contribution à laquelle « il avait été imposé comme maître de pension;

« Art. 1er. L'arrêté... est annulé.

« Art. 2. Il est accordé décharge au sieur Lacombe du « droit de patente auquel il a été imposé au rôle de la ville « de Soissons pour les onze derniers mois de l'année 1851 en « qualité de maître de pension. »

Trois autres arrêts, des 22 mars et 19 avril 1854 (*Naveau*, *Lacombe*, *Bonnecaze*), ont statué dans le même sens.

Il en serait autrement, on le comprend sans peine, si le directeur ou chef d'un établissement de cette nature gérait pour son compte un pensionnat qu'il aurait été autorisé à y adjoindre. Ainsi l'a décidé l'arrêt suivant (5 octobre 1857), sur le pourvoi du sieur Brunois, instituteur communal à Saint-Quentin, qui avait annexé à l'école communale qu'il dirigeait un pensionnat dont la ville percevait pour partie le produit :

« Considérant qu'il résulte de l'instruction et qu'il est re- « connu par le requérant qu'il gère pour son compte le pen- « sionnat qu'il a été autorisé à joindre à l'école primaire « communale dont il est directeur; que, si ce pensionnat « est établi dans des locaux que la ville de Saint-Quentin « fournit au sieur Brunois, et si la ville perçoit à son profit « la moitié des rétributions payées par les pensionnaires,

Digitized by Google

« ledit sieur Brunois n'est pas fondé à se prévaloir de ces « circonstances pour soutenir qu'il ne peut être considéré « comme maître de pension aux termes de la loi du 18 mai « 1850, et imposé comme tel à la contribution des patentes « en vertu de ladite loi ; que, dès lors, c'est avec raison, etc. »

40. En 1856, l'administration des contributions directes avait cru pouvoir frapper de la patente les petits séminaires ou écoles secondaires ecclésiastiques ; elle prétendait que la loi du 15 mars 1850 n'avait pas compris ces écoles au nombre des établissements *publics* d'instruction, et que, comme les élèves qu'elles reçoivent ne se vouent pas toujours à l'état ecclésiastique, elles constituaient des établissements *particuliers* d'instruction, c'est-à-dire des institutions ou des pesions. Cette prétention, également soutenue pour la contribution foncière[1], n'avait pas seulement l'inconvénient d'être erronée au point de vue de la loi fiscale : elle prêtait à d'autres objections d'une portée plus grave encore, et c'est ce que j'ai essayé de faire ressortir dans les observations que j'ai présentées en 1856 au Conseil d'État, comme avocat près ce Conseil, pour la défense de deux établissements de ce genre (les petits séminaires de Saint-Lô et de Mortain). Je reproduis ici une partie de ces observations :

« Assurément, si l'on veut prendre les mots dans le sens le plus « large, un petit séminaire est une institution, puisqu'on y reçoit « l'instruction. Mais alors les lycées sont aussi des institutions ; de « même les colléges communaux, et cependant le principal d'un « collége communal ne doit pas plus la patente qu'elle n'est due par « la ville à laquelle appartient cet établissement [2].

« Il faut donc demander le sens de ce mot, dans la loi du 18 mai « 1850, aux lois sur l'instruction publique, notamment au décret « organique du 17 mars 1808, dont l'article 5, n^os^ 4 et 5, n'applique « la dénomination d'institutions et de pensions qu'aux établisse- « ments particuliers d'instruction publique.

« Les petits séminaires ont-il ce caractère? Il semble que poser « la question, c'est la résoudre, et du reste l'administration des « finances elle-même l'admet sous l'empire du décret de 1808 ; mais « elle soutient que cet état de choses a été changé par les arti-

[1] Les lois de la matière exemptent de l'impôt foncier, sous certaines conditions, les établissements *employés à un objet d'utilité générale*.

[2] N° 39, *suprà*.

Digitized by Google

« cles 70 et 71 de la loi du 15 mars 1850. L'article 70, qui termine « le chapitre consacré aux établissements *particuliers* d'instruc- « tion secondaire, est ainsi conçu : « Les écoles secondaires ecclé- « siastiques actuellement existantes sont maintenues, sous la seule « condition de rester soumises à la surveillance de l'État. Il ne « pourra en être établi de nouvelles sans l'autorisation du gouver- « nement. » L'article 71, qui ouvre le chapitre consacré aux éta- « blissements *publics* d'instruction secondaire, porte que « les éta- « blissements publics d'instruction secondaire sont les lycées et les « colléges communaux. »

« Mais d'abord, de ce que l'article 71 ne mentionne que les lycées « et les colléges communaux, il n'est évidemment pas possible de « conclure qu'il n'y a plus d'autres établissements publics d'instruc- « tion. M. le ministre de la guerre, par exemple, n'admettrait cer- « tainement pas que l'École polytechnique n'est pas un établisse- « ment public ; M. le ministre des finances lui-même ne l'admettrait « pas pour l'École forestière, et l'on pourrait citer bien d'autres « exemples. L'article 71 de la loi de 1850 n'a eu en vue que les « établissements d'instruction relevant du ministère de l'instruction « publique ; il ne s'est point occupé des autres, il n'a rien préjugé « à leur égard.

« Le siége de la difficulté est donc dans l'article 70, et je ne mé- « connais pas l'argument que l'on peut tirer de la place qu'occupe « cet article dans le chapitre consacré aux établissements *particu- « liers* d'instruction secondaire. Toutefois le Conseil d'État sait « qu'il ne faut pas attacher une importance exagérée à certaines « classifications, et il faut d'autant moins s'y arrêter, dans l'espèce, « que la commission elle-même a pris soin, dans son rapport sur la « loi du 15 mars 1850, de déclarer qu'*elle trouverait de grands in- « convénients à enlever aux petits séminaires le caractère qui leur « est imprimé par les lois de l'Église et que le décret de* 1808 « *leur a reconnu*.

« Cela posé, que fait, en réalité, l'article 70? Il rend aux petits sé- « minaires certaines facilités que leur avait enlevées l'ordonnance « du 16 juin 1828 ; il supprime la prohibition qui leur était imposée « de recevoir des externes, l'obligation de l'habit ecclésiastique pour « les élèves âgés de plus de seize ans, la limitation du nombre, etc. « Mais ces conditions accessoires, contingentes, variables, ne te- « naient pas à l'essence des petits séminaires, qui peuvent exister « sans elles comme avec elles ; elles ne changent pas la destination « et le caractère de ces établissements, créés dans un intérêt pu- « blic, et soumis par la législation qui les concerne au régime des « établissements publics en général, notamment à celui des grands « séminaires, dont ils sont la pépinière indispensable. Les petits sé-

Digitized by Google

« minaires, en effet, ne datent pas de 1828 : ils étaient, avant cette « époque, dispensés des conditions qui viennent d'être énumérées; « ils en étaient du moins dispensés depuis l'ordonnance du 5 oc- « tobre 1814, et ils n'en étaient pas moins des établissements pu- « blics ; ils le sont donc encore aujourd'hui.

« Mais, dit M. le ministre des finances, ils ne reçoivent pas seu- « lement les élèves qui se destinent à l'état ecclésiastique !

« Messieurs, la réponse à cette objection a été faite plus d'une « fois. Comment veut-on qu'à l'âge où les élèves sont habituelle- « ment admis dans les petits séminaires, on soit sûr que leur vo- « cation actuelle ou apparente persistera et qu'une vocation con- « traire ne se déclarera pas? Réciproquement, comment peut-on « savoir que chez tel ou tel élève, entré d'abord sans que l'intention « de ses parents fût de le destiner à la carrière ecclésiastique, la « vocation religieuse ne se déclarera pas ultérieurement, sous l'in- « fluence même de la direction qu'il recevra et du milieu dans le- « quel il sera placé? Ce qu'il faut exiger, c'est que l'établissement « constitue bien un petit séminaire, autorisé comme tel par le gou- « vernement et n'ayant pas dévié de son objet, c'est-à-dire un éta- « blissement destiné à faciliter le recrutement du clergé, à guider « et à fortifier les vocations qui se déclarent, à les déterminer même, « mais sans en contraindre aucune. Aller plus loin, dire qu'un petit « séminaire perd son caractère par cela seul qu'il reçoit des élèves « qui n'entreront pas tous dans la carrière ecclésiastique, c'est dire « qu'on ne veut pas de petits séminaires.

« Non-seulement il ne faut pas se plaindre de cet état de choses, « mais il faut s'en féliciter, par une double raison. Il faut s'en féli- « citer d'abord parce que les petits séminaires offrent aux familles « catholiques, sous le rapport religieux, des garanties qu'elles sont, « en général, désireuses et heureuses de rencontrer. Il faut s'en « féliciter ensuite parce que ce mélange d'élèves de diverses caté- « gories peut contribuer à empêcher que l'instruction du clergé « soit faite à un point de vue trop exclusif et trop étroit. Pour le « succès même de sa mission, le prêtre ne doit pas être élevé d'une « façon trop exclusivement ecclésiastique; plus il se sera mêlé de « bonne heure, dans une certaine mesure, à l'élément laïque sur « lequel il doit un jour exercer son action, plus cette action aura « de chances d'être éclairée, intelligente, influente et salutaire. Ne « parquez donc pas trop cette jeunesse ; ne compromettez pas, pour « un mince intérêt fiscal, un résultat bien autrement élevé.

« J'ajoute que le texte même de l'article 70 résout également la « question par un autre motif. Cet article, en effet, subordonne la « fondation des petits séminaires à l'autorisation du gouvernement; « donc il ne voit pas en eux des établissements *particuliers* d'in-

Digitized by Google

« struction secondaire, ceux-ci étant expressément et absolument « affranchis de cette autorisation.

« Je crois avoir montré que la loi condamne la prétention de « M. le ministre des finances ; je me permets de croire également « que cette prétention est aussi impolitique qu'elle est illégale, et, « pour le dire en passant, je trouve ici une nouvelle preuve du « danger de n'apercevoir, dans les questions fiscales, que l'intérêt « pécuniaire du trésor. Si, par impossible, vous veniez à juger que « les petits séminaires ne sont que des institutions privées, si vous « leur imposiez les charges de la liberté, soyez certains que l'on en « revendiquerait immédiatement les avantages, que l'on réclamerait « la suppression de l'autorisation du gouvernement et le droit de « fonder librement ces institutions ; on le demanderait et l'on serait « d'autant plus fort pour le demander qu'après tout, dans ce sys- « tème, cela serait logique et juste. Eh bien ! est-il bon, est-il sage, « est-il politique, étant donné le système qui régit aujourd'hui les « rapports de l'Église et de l'État, que le gouvernement consente à « cette transformation des petits séminaires, qu'il ne voie désor- « mais en eux que des établissements privés ? Ne doit-il pas, au « contraire, conserver sur les établissements ecclésiastiques l'auto- « rité qui lui appartient aujourd'hui ? Cette autorité n'emporte as- « surément pas un droit d'intervention minutieuse et tracassière, « qui serait inconciliable avec la nature des intérêts engagés ; mais « elle représente ce domaine éminent que le pouvoir social doit pos- « séder en ces matières, et qu'il lui suffit habituellement de marquer « par quelques traits saillants, plutôt que de le manifester trop sou- « vent par des difficultés d'application. Laisser, imprimer aux petits « séminaires le caractère d'établissements ou de services publics, « c'est précisément atteindre le but que je viens d'indiquer, et c'est « l'atteindre ici par des immunités, ce qui réserve et assure d'au- « tant mieux le moyen de l'atteindre autrement, s'il y avait lieu. »

Ces considérations ont prévalu devant le Conseil d'État, et il a rendu, le 6 juin 1856, en ce qui concerne la patente, l'arrêt suivant :

« Considérant que l'école secondaire ecclésiastique de « Saint-Lô a été établie par l'évêque de Coutances, en vertu « de l'autorisation qui lui a été donnée par notre décret du « 28 juin 1854 ;

« Considérant qu'aux termes de l'ordonnance royale du « 5 octobre 1814, les écoles secondaires ecclésiastiques que « les évêques peuvent être autorisés à établir ont pour but « d'élever et d'instruire les jeunes gens destiné à entrer dans

Digitized by Google

« les grands séminaires, et que leur administration, confiée « au même bureau, est soumise aux mêmes règles et à la « même tutelle de l'autorité administrative que celle de « ces établissements, dont ils sont considérés comme les « annexes;

« Considérant que la loi du 15 mars 1850 sur l'enseigne- « ment, en soumettant les écoles secondaires ecclésiastiques « au même régime que les établissements particuliers d'in- « struction secondaire sous le rapport de la surveillance, et « en abrogeant les dispositions de l'ordonnance du 16 juin « 1828, qui limitaient le nombre de leurs élèves, n'a pas en- « levé à ces écoles le caractère d'institutions publiques, qui « leur avait été conféré par les dispositions ci-dessus visées « (art. 64 et 72) du décret du 6 novembre 1813 et des ordon- « nances du 5 octobre 1844 et du 2 avril 1817; que ce carac- « tère leur est, au contraire, maintenu par l'art. 70 de la loi « du 15 mars 1850; que, dès lors, les directeurs de ces écoles, « nommés par les évêques et qui ne sont pas tenus à remplir « les conditions imposées par l'art. 60 de ladite loi aux chefs « des établissements particuliers d'instruction secondaire, « ne peuvent être assujettis à la patente en qualité de chefs « d'institution; qu'ainsi c'est avec raison que le conseil de « préfecture de la Manche a accordé au sieur Gilbert (supé- « rieur de l'école secondaire ecclésiastique de Saint-Lô) dé- « charge, etc. »

41. Mais on comprend que cette jurisprudence ne saurait profiter aux établissements d'instruction secondaire qui, sous le nom de colléges catholiques ou toute autre qualification, ont été fondés dans divers diocèses avec le concours et sous le patronage plus ou moins complet des évêques. Elle ne s'appliquerait même pas à un établissement de ce genre, auquel l'évêque aurait adjoint le petit séminaire antérieure- ment fondé dans une autre commune; c'est ce qui résulte de l'arrêt suivant (2 janvier 1857) :

« Considérant qu'en vertu de notre décret du 20 août 1853[1], « les bâtiments et dépendances du collége communal de « Valognes, compris dans l'attribution générale faite à l'U-

[1] Ce décret avait approuvé un traité passé entre la ville de Valognes et l'évêque de Coutances.

Digitized by Google

« niversité par le décret du 11 novembre 1868, ont été con-
« cédés pour quinze années à l'évêque de Coutances, à la
« charge par lui d'y établir une école libre d'instruction
« secondaire, aux clauses et conditions mentionnées dans le
« traité ci-dessus visé (intervenu etre l'évêque et la ville de
« Valognes);

« Considérant que si, par décision de l'évêque de Cou-
« tances du 11 février 1854, l'école secondaire ecclésiastique,
« précédemment établie à Menneville-sur-Mer, a été annexée
« au collége libre de Valognes, cette annexion, qui n'a même
« été prononcée que provisoirement, n'a pu changer le ca-
« ractère que l'établissement tenait du traité passé avec la
« ville de Valognes le 6 juillet 1853 et de notre décret du
« 20 août suivant; que, dans ces circonstances, c'est avec
« raison que, par application de la loi du 18 mai 1850, l'abbé
« Guilbert a été assujetti à la contribution des patentes en
« qualité de chef d'institution[1]. »

La même solution a été consacrée par un arrêt du 1er septembre 1865 (*Magnan*), dans l'espèce duquel une école primaire avec pensionnat avait été annexée au petit séminaire de Marseille.

42. Quant aux locaux sur lesquels doit porter l'estimation de la valeur locative destinée à servir de base à l'assiette du droit, la loi de 1850 prescrit de n'y pas comprendre ceux qui sont affectés au logement et à l'instruction des élèves, L'arrêt ci-dessus cité, du 27 juillet 1853 (*sœurs de Notre-Dame-de-Bon-Secours*) en a également déduit les locaux affectés au logement des novices et des sœurs de la congrégation qui n'étaient pas employées à l'enseignement. A première vue, on peut être tenté de croire que cette décision, ajoute au texte de la loi, mais on aperçoit, en y réfléchissant, qu'une congrégation qui, par exemple, est hospitalière et enseignante, forme en réalité deux établissements distincts, et l'on trouve ainsi dans cette dernière espèce une nouvelle preuve de la judicieuse et équitable sagacité que le Conseil d'État a généralement apportée dans la tâche ingrate dont le législateur de 1850 lui a imposé les difficultés. E. REVERCHON.

[1] Comme directeur du collége libre, dont le petit séminaire était devenu annexe.

Digitized by Google

ÉTUDE SUR LES DONATIONS A CAUSE DE MORT.

Par M. Ernest GLASSON, agrégé à la Faculté de droit de Paris.

(*Suite* [1].)

CHAPITRE QUATRIÈME.

QUELLES SONT LES CHOSES QUE L'ON PEUT DONNER *mortis causa*.

50. Règle générale. — 51. Dans le cas où le donateur promet par stipulation une chose *in genere*, à qui appartient le choix? — 52. De la donation à cause de mort d'une rente annuelle. — 53. Explication de la loi Seia (L. 42, h. t.).

50. Toute chose peut faire l'objet d'une donation à cause de mort pourvu qu'elle soit dans le commerce; les choses corporelles aussi bien que les choses incorporelles; les immeubles comme les meubles (L. 14; L. 18, § 1 et 2; L. 28; L. 37, § 1; L. 39, h. t.; L. 15, pr., *ad legem Falcidiam*, 35, 2). Mais on applique alors, suivant les hypothèses, les règles propres à chacune de ces choses. Ainsi, un usufruit peut être constitué *mortis causa*, et, dans ce cas, le donataire doit fournir caution comme tout usufruitier (L. 1, § 2, *Usufructuarius quemadmodum*, 7, 9). De même, pour recevoir, à titre de donation à cause de mort, une servitude, il est nécessaire d'être propriétaire d'un fonds au profit duquel cette servitude puisse être établie sur le fonds du donateur. De même encore, la donation d'une créance se fait sous forme d'une *procuratio in rem suam* au profit du donataire.

Le donateur peut donner sa propre chose ou la chose d'autrui, et, dans ce dernier cas, le donataire devient propriétaire par usucapion, s'il réunit d'ailleurs les conditions prescrites par la loi; car la donation à cause de mort est une *justa causa usucapiendi* (L. 13, pr.; L. 23, h. t.).

51. La donation à cause de mort peut porter soit sur une chose *in specie*, soit sur une chose *in genere*. Quand il s'agit d'une donation portant sur un *genus*, Lauterbach décide, d'une manière générale, que la chose appartient au donataire: il invoque l'assimilation établie par Justinien entre les legs et les donations à cause de mort; or, d'après le § 22, *de*

[1] V. *Revue*, t. XXXIV, p. 312, 422, 498 et 552; t. XXXV, p. 53.

Digitized by Google

legatis, aux Institutes, le choix doit toujours être laissé au légataire. — Faut-il admettre cette solution? La réponse est assez délicate. Observons d'abord que les textes n'ont pas prévu cette question. Pour repousser la solution proposée par Lauterbach, on pourrait faire valoir les considérations suivantes :

La donation d'une chose *in genere* se fait nécessairement sous forme de stipulation, et non par une *datio*. Or, on sait que dans la stipulation le choix appartient au promettant, c'est-à-dire, dans notre hypothèse, au donateur ou à ses héritiers; c'est donc cette règle qu'on devait appliquer avant Justinien. A-t-elle été ensuite modifiée par cet empereur? Sans doute, Justinien a décidé que le choix abandonné, dans l'ancien droit, tantôt au légataire, tantôt à l'héritier, suivant qu'il s'agissait d'un legs *per vindicationem* ou d'un legs *per damnationem* appartiendrait toujours au légataire; et, de plus, par la Const. 4, h. t., il a déclaré qu'il assimilait les legs et les donations à cause de mort. Mais on sait qu'il faut, en général, se tenir en garde contre cette assimilation. D'ailleurs, la donation à cause de mort *obligando*, continue à revêtir la forme d'une stipulation; et, dès lors, il faut appliquer les principes de la stipulation, pour le choix à exercer, lorsque la libéralité porte sur des choses *in genere*.

Malgré la gravité de ces raisons, nous préférons la solution de Lauterbach, mais à la condition de la justifier autrement que ne le fait cet auteur, et aussi de la restreindre. Il est certain que la donation dont il s'agit se fait sous forme de stipulation, et comme l'assimilation établie par Justinien n'a pas la portée qu'on pourrait être tenté de lui attribuer, il n'est pas exact de se placer à ce point de vue pour justifier cette solution. La vérité est que, si dans la stipulation le choix appartient, en général, au promettant, cependant cette règle n'est pas absolue; on peut y déroger. Or, la donation à cause de mort ne suppose-t-elle pas, dans l'intention des parties, une dérogation à ce principe? La réponse se trouve dans cette définition que nous donne Marcien (L. 1, h. t.) de la donation à cause de mort : « Mortis causa donatio est quum quis « habere se vult, quam eum, cui donat magisque eum cui « donat, quam heredem suum. » Si le donateur préfère le donataire à ses héritiers, il est juste que ce donataire diri-

Digitized by Google

geant son action contre les héritiers du donateur, obtienne le choix. Mais si l'on suppose que la donation s'exécute du vivant même du donateur (sauf l'effet de la condition résolutoire qui pourrait s'accomplir), alors on doit donner le choix au donateur, car il se préfère au donataire. Il ne faudrait pas s'arrêter à cette idée que, dans ce dernier cas, il n'y aurait pas inconvénient de donner le choix au donataire, à cause du droit de révocation du donateur, qui amènera toujours le donataire à subir la volonté de ce dernier; cette raison n'est pas juridique et elle disparaît même toutes les fois que le donateur a renoncé à son droit de révocation.

52. La donation à cause de mort peut aussi porter sur une rente annuelle que le donateur consent, sous forme de stipulation, au profit du donataire. Mais, dans ce cas aussi, même sous Justinien, les principes sont différents de ceux qui avaient été admis pour les legs.

Paul, L. 35, § 7, h. t. : « Sed qui mortis causa in annos singulos pecu-« niam stipulatus est, non est similis ei, cui in annos singulos legatum « est; nam licet multa essent legata, stipulatio tamen una est, et conditio « ejus, cui expromissum est, semel intuenda est. »

Ainsi, la donation à cause de mort d'une rente est une, tandis que s'il s'agissait d'une disposition par testament, il y aurait en réalité un legs spécial pour chaque annuité: le legs de l'année présente serait pur et simple et il y aurait ensuite un legs conditionnel pour chaque année future. Aussi exigerait-on que le légataire fut capable à chaque annuité (L. 11, *De annuis legatis*, 33, 1); tandis que dans la donation à cause de mort, comme nous l'apprend notre texte, il suffit que le donataire soit capable à un seul moment, à l'époque du décès du donateur (L. 22, h. t.).

Comment expliquer cette différence? Pour quelle raison la donation *mortis causa*, faite *in singulos annos*, est-elle considérée comme une seule donation, acquise une fois pour toutes au jour du décès, tandis que le legs *in singulos annos* se décompose en autant de legs qu'il y a d'échéances? Certains auteurs se sont bornés à mentionner la différence sans la justifier; d'autres ont donné des explications inexactes. Suivant nous, cela tient à ce que la donation à cause de mort se fait sous forme de stipulation; or la stipulation d'annuités ne

Digitized by Google

donne naissance qu'à une seule créance (L. 16, § 1, *De verb. oblig.*, 45, 1)[1].

Mais si cette différence existe encore sous Justinien, comme le prouve l'insertion de notre texte au Digeste, nous pouvons en conclure une fois de plus que l'innovation de la Const. ult. h. t. n'a pas supprimé les anciennes formes des donations à cause de mort, et aussi, que la stipulation était encore nécessaire sous Justinien pour les donations qui se faisaient *obligando*.

Il ne faudrait pas croire que, dans ce cas, le donateur puisse promettre de payer des annuités qui doivent commencer seulement après la mort. Il y aurait alors stipulation *post mortem* et la donation serait nulle (Gaius, III, §100; § 13, J. *De inutilibus stip.*, 3, 19); il faut que les annuités commencent à courir déjà du vivant du donateur; mais cela n'empêche pas que l'irrévocabilité de sa promesse ne sera acquise qu'après sa mort et que le payement pourra être exigé seulement à cette époque. C'est ce que nous apprend la loi 34, h. t, pour une hypothèse toutefois un peu différente.

Marcellus, L. 32, h. t. : « Mortis causa donatio etiam sic constitui po-
« test, ut quis stipuletur in annos singulos, quoad viveret, scilicet ut post
« mortem promissoris incipiat exactio. »

53. On peut donner à cause de mort non-seulement ses choses particulières, mais aussi une *universitas juris*, comme une hérédité. Enfin, rien ne s'oppose à ce que la donation porte sur tous les biens d'une personne, mais il est évident que, même dans ce cas, la donation à cause de mort n'est pas une succession à titre universel. Nous allons d'ailleurs voir comment les choses se passent dans cette hypothèse, en expliquant la fameuse loi Seia de notre titre [2].

Papinianus, L. 42 pr., h. t. : « Seia, cum bonis suis, traditionibus factis,
« Titio cognato donationis causa cessisset, usumfructum sibi recepit et
« convenit, ut si Titius ante ipsam vita decessisset, proprietas ad eam re-

[1] Voir la raison de cette différence dans Pothier, *Pand. Justin.*, ad tit. *De annuis legatis*.

[2] Nous reproduisons, en général, la remarquable explication qui a été donnée par M. Pellat (*Textes choisis*, p. 141); seulement, nous allons plus loin, peut-être jusqu'à la témérité, en nous permettant ensuite de critiquer la solution adoptée par Papinien.

Digitized by Google

« diret; si postea superstitibus liberis Titii mortua fuisset, tunc ad eos « bona pertinerent. Igitur si res singulas heredes Lucii Titii vindicent, doli « non inutiliter opponetur exceptio : bonæ fidei autem judicio constituto, « quærebatur an mulier promittere debeat, se bona, cum moreretur, filiis « Titii restituturam? Incurrebat hesitatio non extorquendæ donationis, « quæ nondum in personam filiorum initium acceperat. Sed numquid in- « terposita cautione prior donatio, quæ dominio translato pridem perfecta « est, propter legem in exordio datam retinetur, non secunda promittitur? « Utrum ergo certæ conditionis donatio fuit, an quæ mortis consilium ac « titulum haberet? Sed denegari non potest mortis causa factam videri. « Sequitur ut, soluta priore donatione, quoniam Seia Titio superstes fuit, « sequens extorqueri videatur. Muliere denique postea diem functa, liberi « Titii, si cautionem ex consensu mulieris acceperint, contributioni propter « Falcidiam ex persona sua tenebuntur. »

Seia a fait donation de tous ses biens à son cognat Titius; le jurisconsulte ne s'occupe pas de l'étendue de la donation, car le donataire est un cognat, c'est-à-dire une des personnes auxquelles ne s'appliquent pas les restrictions de la loi Cincia. Mais la donation a été faite avec les clauses suivantes : 1) la donatrice s'est réservé l'usufruit de ses biens pendant sa vie; 2) il a été convenu que si Titius mourait avant elle, la nue propriété lui ferait retour; 3) on a ajouté que si la donatrice, après avoir recouvré la pleine propriété venait à mourir avant les enfants de Titius, cette propriété leur serait transférée.

Le jurisconsulte s'occupe d'abord du premier donataire Titius, et ensuite des enfants de Titius.

Quant à Titius, aucune difficulté ne peut se présenter : il est donataire de tous les biens de la donatrice, mais avec la nue propriété seulement. Toutefois, la donatrice ne peut pas lui transférer en bloc tout son patrimoine: il faut qu'elle recoure à une translation de propriété pour chaque chose : à la mancipation pour les *res mancipi*, à la tradition pour les *res nec mancipi*, ou enfin à l'*in jure cessio* pour les unes et pour les autres. Le texte ne parle que de la tradition; mais il a été interpolé par les compilateurs qui l'ont mis en rapport avec le droit de Justinien[1]. De plus, comme la donatrice se réserve l'usufruit, il est clair que cette tradition n'est pas accompagnée d'une remise effective : la donatrice conserve les choses, mais elle les possède au nom du donataire; il y a, en un mot, ce que les modernes ont appelé *constitutum possessorium*.

[1] Il n'est rien dit des créances de la donatrice : la donation s'en fait au moyen d'un *procuratio in rem suam*.

Digitized by Google

Telle est la situation jusqu'à la mort de l'une ou de l'autre des parties; est-ce la donatrice qui prédécède, alors la donation devient irrévocable et, de plus, l'usufruit s'éteint et retourne au donataire qui acquiert ainsi d'une manière définitive la pleine propriété. Le jurisconsulte ne parle pas, dans le texte, de ce premier cas, parce qu'il ne s'était pas réalisé. C'est la seconde hypothèse qui s'était présentée : le donataire était mort le premier; la donation était ainsi devenue caduque et si l'on avait appliqué les principes ordinaires, on aurait dû décider que les héritiers du donataire Titius étaient tenus de retransférer la nue propriété à la donatrice Seia. Cela avait été d'ailleurs formellement convenu par le second pacte adjoint à la donation. Mais on se souvient qu'il existait aussi un troisième pacte, d'après lequel les biens devaient appartenir aux enfants du donataire Titius si la donatrice Seia venait à mourir avant eux.

Comment concilier ces deux dispositions? Les héritiers de Titius et Seia n'avaient pu s'entendre à cet égard et un procès s'était élevé entre eux dans les circonstances suivantes : Seia étant restée en possession des biens en sa qualité d'usufruitière, les héritiers de Titius avaient invoqué leur titre de propriétaires et intenté contre elle l'action en revendication. Nous verrons, en effet, que, dans l'ancien droit, l'événement qui doit rendre la donation caduque venant à s'accomplir, n'a pas pour effet de retransférer *ipso jure* au donateur la propriété qui a été concédée au donataire : il oblige seulement celui-ci à retransférer la propriété, ce qui est bien différent. Les héritiers de Titius étaient donc restés propriétaires malgré la caducité de la donation, et leur action en revendication contre Seia se trouvait parfaitement fondée. Mais Seia, actionnée en revendication leur opposait l'exception de dol : il y avait, en effet, dol de leur part à exiger la livraison des choses qu'ils étaient tenus de restituer immédiatement en vertu du second pacte; Seia aurait eu le droit, en effet, après avoir restitué, d'intenter la *condictio* pour les contraindre à cette restitution; *dolo facit qui petit quod redditurus est* (L. 8, pr., *De doli mali et metus except.*, 44, 4.).

Au surplus, les héritiers de Titius s'attendaient bien à se voir opposer cette exception de dol, mais ils comptaient la repousser à leur tour en invoquant le troisième pacte; d'après

Digitized by Google

ce troisième pacte, la propriété devait leur être transférée si Seia venait à mourir avant eux. Eh bien, ils invoquaient ce pacte pour soutenir que Seia était tenue de leur fournir dès maintenant une caution assurant cette restitution.

Les choses en étaient, en effet, à ce point quand le jurisconsulte Papinien fut consulté : « Bonæ fidei autem judicio con-« stituto quærebatur an mulier promittere debeat, se bona, « cum moreretur, filiis Titii restituturam. »

Les héritiers de Titius n'avaient pas fait réserver leur réplique dans sa formule, car l'effet de l'insertion de l'*exceptio doli* dans la formule de l'action en revendication les dispensait de cette insertion [1]. Aussi, Papinien ne s'arrête pas à ce

[1] C'est en ce sens que le jurisconsulte dit : « Bonæ fidei judicio constituto. » Ce membre de phrase a donné lieu à des difficultés. Certains auteurs ont dit à tort que l'effet de l'insertion de l'exception de dol dans les actions *stricti juris* est de rendre ces actions de bonne foi. D'abord, il n'est pas question dans notre texte d'une action *stricti juris*, puisqu'il s'agit de l'action en revendication et que les actions réelles sont étrangères à la division des actions en actions de droit strict et actions de bonne foi. Ensuite, il est inexact de soutenir que l'effet de l'insertion d'une exception de dol soit de rendre les actions de droit strict, actions de bonne foi; ainsi, il est bien certain que, malgré cette circonstance, le demandeur qui a intenté une action de droit strict ne peut pas réclamer les intérêts à raison de la demeure. L'effet de l'insertion de l'exception de dol est seulement d'autoriser à tenir compte des contre-prétentions que le demandeur peut opposer à l'exception, sans l'obliger à les faire insérer dans la formule sous forme de replique de dol. On se trompe quand on veut donner un sens plus large à la règle suivant laquelle l'insertion de l'exception de dol rend de bonne foi l'action de droit strict ou l'action arbitraire. Mais si certains auteurs ont pris notre règle dans un sens trop étendu, d'autres sont tombés dans une erreur opposée et non moins grave : ils ont nié l'existence de cette règle, même en lui donnant le sens avec lequel nous l'expliquons. Aussi ont-ils été obligés d'interpréter le membre de phrase de notre texte d'une manière bizarre : ils supposent que Seia a remis les choses aux héritiers de Titius et intente maintenant à son tour l'action *fiduciæ* ou l'action *præscriptis verbis* qui, toutes deux, sont de bonne foi; tel serait le sens des mots : « Bonæ fidei judicio constituto. » Cette interprétation est tout à fait forcée. Papinien aurait bien mal exposé les faits si les choses s'étaient passées de cette manière; il aurait été beaucoup trop bref et même inexact, car, au lieu de dire : *judicio constituto*, il fallait mettre : *judicio instituto;* ensuite, s'il s'était agi d'une nouvelle action, de l'action *præscriptis verbis*, pour quelle raison ne l'aurait-il pas désignée par son nom? Mais les scholies des Basiliques nous prouvent qu'il s'agit toujours de l'action en revendication intentée par les héritiers de Titius, car on y lit : « ....Igitur si res sin-« gulas heredis Titii ab ea vindicent, repellit eos mulier doli exceptione,

Digitized by Google

détail et il examine de suite la question de savoir si Seia peut être contrainte à fournir caution?

Une raison de la dispenser de la caution se présente à son esprit: « Incurrebat hæsitatio non extorquendæ donationis quæ nondum in personam filiorum initium acceperat. » En effet, les héritiers de Titius se présentent-ils comme donataires de leurs propre chef et non comme représentants de Titius, on leur répondra qu'il n'existe aucune donation entre eux et Seia, car il n'est intervenu aucun échange de consentement ni par stipulation, ni par simple pacte; cette autre donation n'a même pu prendre naissance. Si l'on se place à ce point de vue d'une nouvelle donation au profit de ces héritiers, la solution n'est donc pas douteuse et les héritiers de Titius ne peuvent pas contraindre Seia à leur fournir caution, car ils ne sont pas donataires.

Mais, avant de donner cette solution, le jurisconsulte soulève une objection. Est-ce réellement une nouvelle donation que les héritiers de Seia invoquent, ou bien ne s'agit-il pas de la donation de leur auteur modifiée par des pactes? Dans le premier cas, les héritiers de Titius ne peuvent pas demander caution, car il n'existe pas à leur profit une donation valable; mais dans le second cas, ils ne se présentent plus comme donataires de leur propre chef; ils n'invoquent pas une nouvelle donation qui aurait été faite à leur profit, mais la donation dont leur auteur avait été gratifié.

Pour résoudre cette nouvelle difficulté il faut voir si la donation faite à Titius était une donation entre-vifs, modifiée par des pactes ou une donation à cause de mort (utrum ergo certæ conditionis fuit, an quæ mortis consilium ac titulum haberet?). Était-elle entre-vifs, elle n'est pas devenue caduque par le prédécès du donataire; ce prédécès a donné seulement ouverture à l'un des pactes, celui qui oblige à retransférer la propriété à Seia; mais, la donation n'en subsiste pas moins et le dernier pacte (qui établit une nouvelle translation de propriété au profit des héritiers de Titius, dans le cas où ils survi-

« quod scilicet convenerit ut si ipse prior decessisset, bona ad eam redi-« rent; ut pote existente, bonæ fidei judicio quia ubique opposita doli ex-« ceptio bonæ fidei judicium facit....» (Trad. Heimbach IV, p. 611. Lib. 47, tit. 3; — L. 42, schol. 1.) Cpr. en ce sens Pothier, *Pand. Just*, h. t., n° 22; — Cujas, *Obs.*, lib. 3, cap. 17; — Pellat, *Textes choisis*, p. 150.

Digitized by Google

vraient à Seia) devrait aussi recevoir son exécution. Les héritiers de Titius invoquant cette qualité et l'engagement pris envers le défunt (au lieu de se présenter comme nouveaux donataires) pourraient exiger caution. Au contraire, si la libéralité faite par Seia à leur auteur Titius était une donation à cause de mort, elle est devenue caduque par le prédécès du donateur; dès lors les héritiers de Titius ne peuvent plus se prévaloir de cette qualité d'héritiers du donataire et invoquer la donation faite à Titius pour exiger caution; elle est tombée et il faut qu'ils se prétendent nouveaux donataires; or, cette dernière prétention ne saurait se soutenir, car il n'est intervenu entre eux et Seia aucun acte.

Eh bien, Papinien se prononce sans hésiter pour la seconde solution : il y a eu donation à cause de mort entre Titius et Seia. « Denegare non potest mortis causa factum videri. » Il ajoute ensuite comme conclusion : « Sequitur ut, soluta priore donatione, quoniam Seia Titio superstes fuit, sequens extorqueri videatur. » Ainsi, les héritiers de Titius sont obligés de retransférer la propriété à Seia sans pouvoir exiger une caution de cette dernière; car autrement ils extorqueraient une donation à Seia.

Papinien ajoute ensuite un renseignement par lequel il termine : il peut arriver que Seia consente à fournir spontanément cette caution; il y aura, en pareil cas, une nouvelle donation à cause de mort faite par Seia au profit des héritiers de Titius; aussi à la mort de Seia ils seront soumis vis-à-vis de l'héritier de cette dernière, au calcul de la quarte Falcidie.

Revenons maintenant à la solution de Papinien. D'après ce jurisconsulte, avons-nous dit, la libéralité faite à Titius était une donation à cause de mort. Papinien s'était sans doute arrêté à cette solution parce qu'il avait rencontré l'élément essentiel de la donation à cause de mort, la caducité par le prédécès du donataire. Ce qui prouve bien que telle était la pensée de Papinien, c'est qu'il dit : « Soluta priori donatione, *quoniam Seia Titio superstes fuit.* »

Nous nous permettrons de critiquer la solution du jurisconsulte romain. Qu'on le remarque bien, dans toute cette affaire, présentée à Papinien, il s'agit d'une question de fait, d'une question d'interprétation de volonté des parties. Eh bien, l'interprétation de Papinien présente un grave inconvénient; elle

Digitized by Google

permet de ne tenir aucun compte du troisième pacte par lequel Seia s'est obligée à retransférer la propriété envers les héritiers de Titius pour le cas où elle viendrait à mourir avant eux. Or, c'est un principe bien connu des jurisconsultes romains eux-mêmes que, dans le doute, il faut préférer l'interprétation qui fait produire effet à une convention. Il a été convenu, à la vérité, que dans le cas de prédécès de Titius la propriété des biens donnés retournerait à Seia. Mais rien n'empêche d'introduire une pareille clause dans une donation ordinaire comme toute autre condition résolutoire. Cette convention ne nous oblige donc pas, à elle seule, d'attribuer à la libéralité le caractère d'une donation à cause de mort. Il y a plus : si les parties avaient en vue une donation à cause de mort, un pacte formel et spécial n'aurait pas été nécessaire pour établir la résolution par prédécès du donataire; de sorte que ce pacte crée une présomption de plus que les parties avaient la volonté de faire une donation ordinaire sous condition. Mais, encore une fois, cette preuve s'induit surtout du dernier pacte : en supposant une donation à cause de mort, ce pacte comme Papinien est obligé de le reconnaître, n'a aucun sens.

Il aurait donc mieux valu décider, dans notre opinion, qu'il s'agissait d'une donation ordinaire, que les héritiers de Titius avaient le droit en cette qualité d'exiger caution. En définitive, ce résultat est conforme à l'équité : Papinien est dominé par la crainte d'extorquer une nouvelle donation; mais, après tout, quand Seia fournit caution aux héritiers de Titius, elle ne fait qu'exécuter un engagement qu'elle a pris volontairement.

CHAPITRE CINQUIÈME.

DE LA CAPACITÉ NÉCESSAIRE POUR FAIRE OU RECEVOIR UNE DONATION A CAUSE DE MORT.

SECTION I. — *De la capacité du donateur.*

54. Il faut que le donateur ait la capacité de faire l'acte dont la donation revêt la forme. — 55. Mais ne doit-on pas exiger, en outre, du donateur, la *factio testamenti*? — 56. Une donation à cause de mort peut-elle être faite par un *peregrinus*? — 57. Par ceux qui subissent la *maxima* ou la *media capitis deminutio*? — 58. Par un affranchi? — 59. Par une femme? — 60. Par un *filiusfamilias*? — 61. Quand un *filiusfamilias* a fait une donation à cause de mort sur son pécule profectice, à qui appartient le

Digitized by Google

droit de révocation? — 62. De l'incapacité des *furiosi*, des *infantes*, des prodigues, des sourds, des muets. — 63. Les mineurs de vingt-cinq ans sont-ils encore capables de faire des donations à cause de mort depuis la Const. 3, *De in integrum restitutione* (2, 22), des empereurs Maximien et Dioclétien? — 64. De l'incapacité des décurions.

Il paraît hors de doute que, pour pouvoir faire une donation à cause de mort, il faut avoir la capacité de faire l'acte dont la donation emprunte la forme; une mancipation, une *cessio in jure*, une simple tradition, une stipulation. Si l'on s'arrêtait à cette règle, il en résulterait que certaines personnes pourraient faire des donations à cause de mort sous telle forme, mais non sous telle autre. Ainsi, un *peregrinus* pourrait donner *mortis causa* par tradition, mais non par *mancipatio* ou par *in jure cessio* (Arg., Gaius, II, § 40) ou bien encore par stipulation, à la condition d'éviter la formule : *spondes*? (Gaius, III, § 93).

55. Toutefois, ne faut-il pas aller plus loin et exiger de celui qui veut faire une donation, non-seulement cette capacité, mais encore la *testamenti factio*, c'est-à-dire la capacité de faire un testament [1]?

A notre avis, il existe sur ce point une grave difficulté dont on ne s'est pas assez préoccupé.

D'après un certain nombre d'auteurs, le donateur à cause de mort doit avoir la *factio testamenti*, la capacité de faire un testament (En ce sens : Doneau, *Com. jur. civ.* lib. 14, cap. 33, nr. 5, not. 8, et les anciens auteurs qu'il cite, Lauterbach, *Coll. theor. pract.* h. t. — Voët, h. t. — Muhlenbruch. *Doctr. Pand.*, § 761). On invoque à l'appui de cette opinion trois textes.

Ulpien, L. 1, § 1, *De tutelæ et rationibus distrahendis*, 27, 3 : « Unde « quæritur apud Julianum libro vicesimo primo Digestorum, si tutor pu-

[1] Ce que les modernes ont appelé *testamenti factio* active. On sait d'ailleurs que cette locution *testamenti factio* présente, en droit romain, divers sens : ils ont été fort bien expliqués par Keller dans ses *Pandecten-Vorlesungen*, 1867, § 481. Nous entendons ici par *factio testamenti*, la capacité de faire un testament; ainsi, en ce sens, un pupille n'a pas la *factio testamenti* (cpr. L. 1, § 1, *De tutelæ et rationibus distrah.*, 27, 3; L. 8, § 3, *De jure codicill.*, 29, 7; L. 1, § 8, *De bon. poss. sec. tab.*, 37, 11; Const. 3, *Qui test. facere possunt*, 6, 22; L. 17, § 1, *De inoff. testam.*, 5, 2; L. 7, § 6, *De donat.*, 39, 5; Gaius, II, 114, III, 72; L. 4, L. 18, pr., *Qui test. facere possunt*, 28, 1).

Digitized by Google

pillo auctoritatem ad mortis causa donationem accommodaverit, an tu-
« telæ judicio teneatur? Et ait teneri eum; nam sicuti testamenti factio,
« inquit, pupillis concessa non est, ita nec mortis quidem causa donationes
« permittendæ sunt. »

Ulpien, L. 32, § 8, *De donationibus inter virum et uxorem*, 24, 1 : « Si
« miles uxori donaverit de castrensibus bonis, et fuerit damnatus, quia
« permissum est ei de suis testari, si modo impetravit ut testetur, quum
« damnaretur, donatio valebit; nam et mortis causa donare poterit, cui
« testari permissum est. »

Ulpien, L. 7, § 6, *De donationibus*, 39, 5 : « .... Ceterum qui habent cas-
« trense peculium vel quasi castrense [1] in ea conditione sunt, ut donare et
« mortis causa (et non mortis causa) possint, quum testamenti factionem
« habeant. »

Dans ces trois textes, le jurisconsulte dit nettement : que le pupille ne peut pas donner *mortis causa* parce qu'il n'a pas la *factio testamenti*; que le militaire qui, malgré sa condamnation, a obtenu le droit de tester peut aussi faire une *mortis causa donatio* à sa femme ; que le fils de famille ayant la *factio testamenti* pour son *peculium castrense* ou son *peculium quasi castrense*, peut aussi disposer *mortis causa* des biens de ces pécules. Dans ces trois textes, un rapport intime est établi entre la *factio testamenti* et le droit de donner à cause de mort.

Malgré l'autorité de ces lois, la plupart des auteurs modernes ont décidé que la *testamenti factio*, la capacité active de tester n'est pas exigée de celui qui veut donner *mortis causa* (En ce sens Schrœter, *op. cit.*, p. 118 et suiv., Hasse, *loc. cit.*, 360; Rosshirt, p. 81; Savigny, *Traité de droit romain*, p. 262 de la trad. Guenoux). Mais les arguments que l'on donne à l'appui de ce dernier système ne nous paraissent pas concluants.

Dans notre opinion, la question qui nous occupe a dû être discutée à l'origine entre les jurisconsultes romains : ceux qui assimilaient cette libéralité à la donation ordinaire n'exigeaient pas du donateur la *testamenti factio*; ceux qui la rapprochaient du legs devaient décider le contraire. Dans tous les cas, la controverse disparut de bonne heure, car nous n'en trouvons pas de trace dans les textes. Sous l'influence des lois Furia et Voconia dont les dispositions s'appliquent aussi bien aux donations à cause de mort qu'aux legs (Gaius, II, 225 et 226;

[1] Ces mots : *vel quasi castrense*, ont été ajoutés par les commissaires de Justinien.

Digitized by Google

IV, 23); — du sénatus-consulte qui étendit à ces libéralités les règles des lois caducaires concernant le *jus capiendi* (L. 9 et 25, *De mortis causa donat.*, 39, 6); — de la Constitution de Septime Sévère qui soumit la donation à cause de mort au calcul de la Falcidie, les jurisconsultes romains furent amenés à exiger de celui qui voulait faire une donation à cause de mort la capacité de tester. A plus forte raison cette règle reçoit-elle son application sous Justinien.

En définitive, cette solution ne nous paraît pas aussi exorbitante que le soutiennent les partisans de l'opinion contraire; on a tout simplement appliqué aux donations à cause de mort, les principes des legs; il n'a plus suffi d'avoir la capacité ordinaire de faire une tradition, une mancipation, une stipulation.

L'interprétation donnée dans l'opinion contraire aux trois textes que nous avons cités est tout à fait forcée et inadmissible. Ainsi, on a dit que, dans ces textes, les mots *testamenti factio* ne signifient pas capacité de faire un testament, mais sont synonymes de *commercium*. Nous répondrons qu'ainsi entendus, ces textes n'ont plus de sens raisonnable. — Les explications présentées par M. de Savigny ne sont guère plus satisfaisantes. Ainsi, d'après ce grand romaniste, le jurisconsulte a voulu dire, dans le premier texte, que le motif pour lequel le pupille ne peut pas faire un testament, son jeune âge, s'oppose aussi à ce qu'il fasse une aliénation; mais telle n'a pu être la pensée d'Ulpien, car le pupille peut aliéner sous certaines conditions, tandis qu'il ne peut pas tester, même en supposant ces conditions réunies. De même Savigny écarte le second texte, la loi 32, § 8, *De donat int. vir. et uxor.*, en disant qu' «il s'agit d'un soldat condamné qui a obtenu par grâce l'autorisation de disposer de ses biens; que cela n'a rien de commun avec les règles ordinaires du droit.» Il n'en est pas moins vrai que, dans ce texte, le jurisconsulte se demande si le militaire a pu faire valablement une donation à cause de mort à sa femme; et s'il admet la validité de cette donation, c'est uniquement parce que ce militaire a obtenu par faveur le droit de faire un testament. — Donc il faut pouvoir tester pour avoir le droit de faire une donation à cause de mort!

Ces trois textes sont trop précis pour qu'on puisse les écarter par des explications plus ou moins arbitraires.

Digitized by Google

On objecte, il est vrai, qu'avec notre opinion le *peregrinus* ne peut pas faire une donation à cause de mort par tradition ou par stipulation [1]. Nous ne reculons pas devant cette conséquence qui nous paraît logique et juste. Mais, qu'on le remarque bien, le *peregrinus* pourra toujours faire une donation de ce genre d'après les lois de son pays.

Enfin, on pourrait encore faire une objection. Nous ne l'avons trouvée dans aucun auteur; mais il n'en faut pas moins l'examiner pour écarter tous les doutes : le fils de famille peut, avec le consentement de son *paterfamilias*, faire une donation à cause de mort sur les biens de son pécule profectice, et cependant, il ne saurait disposer de ces mêmes biens par testament.

Marcien, L. 25, § 1, *De mortis causa donationibus*, 39, 6 : « Filiusfami-« lias, qui non potest facere testamentum, nec voluntate patris, tamen « mortis causa donare, patre permittente, potest. »

Nous ne dirons pas, pour expliquer ce texte, que Marcien professait une opinion contraire à celle des jurisconsultes qui assimilaient au legs la donation à cause de mort. En effet, on retrouve pour le fils de famille, et à l'égard du pécule profectice, la même doctrine professée par Ulpien (L. 7, § 4, *De donationibus*, 39, 5); or, les trois textes d'après lesquels il faut la *factio testamenti* de la part du donateur *mortis causa* sont aussi d'Ulpien. Mais il nous semble que l'explication suivante suffit pour faire disparaître cette difficulté apparente : on conçoit très-bien qu'avec le consentement de son *paterfamilias*, le fils puisse faire une donation à cause de mort sur les biens de son pécule profectice, car, comme le père est seul propriétaire de ce pécule, il s'agit en réalité d'une donation à cause de mort faite par le *paterfamilias* lui-même et subordonnée à la condition du décès de son fils avant le donataire; la donation vient du *paterfamilias* [1], mais par l'intermédiaire de son fils [2];

[1] M. de Savigny (*loc. cit.*) va plus loin : il part de cette idée qu'un *peregrinus* peut faire, d'après le droit civil, une donation à cause de mort, pour en conclure que la *factio testamenti* ne doit pas être exigée de celui qui fait une donation *mortis causa*. C'est à la fois renverser les termes de la question et faire une pétition de principes.

[1] C'est ce que dit positivement Voët, h. t., n° 6.

[2] Dira-t-on qu'avec ce système il faut aller jusqu'à décider, contraire-

Digitized by Google

et, de plus, elle est faite en vue de la mort de ce fils, et non en vue de la mort du donateur; mais nous savons que, dans les donations à cause de mort, on peut aussi songer à la mort d'un tiers (L. 9, § 2, *De donat*, 39, 5; L. 11, *De mortis causa donat.*, 39, 6). Ce qui prouve bien que les jurisconsultes romains envisageaient ainsi la question, c'est qu'ils exigeaient le consentement du *paterfamilias*, et qu'ils donnaient pour le *peculium adventitium* une solution contraire. Nous avons vu avec la loi 7, § 6, *De donat.* 39, 5, que le fils de famille peut disposer, par donation à cause de mort, du bien de son *peculium castrense* et de son *peculium quasi castrense*, par cela même qu'il a obtenu la *testamenti factio* pour ces deux pécules. Au contraire, aucun texte ne l'autorise à faire des donations à cause de mort, même avec le consentement de son *pater-familias*, sur les biens de son pécule adventice, parce qu'à aucune époque du droit il n'a pu disposer de ces biens par testament. Cela nous montre une fois de plus combien est exacte la relation établie entre le droit de faire une donation à cause de mort et la *factio testamenti*. Il ne faudrait pas s'arrêter à cette objection que le *filiusfamilias* pouvant disposer, par donation à cause de mort, des biens de son pécule profectice avec le consentement de son père, doit avec ce même consentement pouvoir faire des libéralités du même genre sur son pécule adventice. On explique au contraire très-nettement la différence qui existe, sous ce rapport, entre les deux pécules en partant de cette idée que le donateur *mortis causa* doit avoir *testamenti factio:* les biens du pécule profectice

ment aux textes les plus précis, que le *filiusfamilias* devrait aussi avoir le droit de faire un testament sur les biens du pécule profectice; seulement, de même que la donation, le testament serait censé fait par le *paterfamilias?* Il faudrait, pour faire une pareille objection, avoir une idée bien confuse des principes du droit romain. Ces principes seuls, en effet, suffisent pour nous expliquer comment il se fait que le *paterfamilias* puisse donner à cause de mort par l'intermédiaire de son fils, mais non faire un testament. Il n'a jamais été permis, en droit romain, à une personne, de tester par l'intermédiaire d'une personne, même, placée sous sa puissance, car le testament a toujours été un acte solennel et *juris publici*. Au contraire, on a permis aux fils de famille de représenter leurs pères dans les aliénations entre-vifs et dans les stipulations. Or, on sait que, même sous Justinien, la donation à cause de mort emprunte, en général, la forme d'un mode d'acquérir entre-vifs ou celle d'une stipulation.

Digitized by Google

appartiennent au *paterfamilias* et il faut son consentement pour que le fils puisse les donner *mortis causa*; mais alors, comme nous l'avons dit, sa libéralité émane en réalité du *paterfamilias*; aussi, il importe peu que le fils n'ait pas la *factio testamenti*, puisqu'il n'est pas le véritable donateur. Au contraire, les biens du pécule adventice appartiennent au fils, soit en nue propriété, soit même souvent en pleine propriété; s'il pouvait en disposer par donation à cause de mort, il serait, en pareil cas, le donateur. Mais il faudrait pour qu'il eût ce droit, qu'il pût disposer par testament de ces mêmes biens; et précisément comme il n'a pas la *factio testamenti* à l'égard de son pécule adventice, aucun texte ne lui donne le pouvoir de faire des donations à cause de mort sur les biens de ce pécule [1].

En résumé la *factio testamenti* et la capacité de faire l'acte sous la forme duquel se présente la donation à cause de mort, telles sont les deux conditions exigées de la part du donateur. Il nous sera facile, avec cette règle, de déterminer quelles sont les personnes capables de faire des donations à cause de mort.

ERNEST GLASSON.

(*La suite à une autre livraison.*)

Digitized by Google

TRAITÉ DU CONTRAT DE MARIAGE ET DES DROITS RESPECTIFS DES ÉPOUX,

Par MM. A. RODIÈRE, professeur à la Faculté de droit de Toulouse, et P. PONT, conseiller à la Cour de cassation.

TOME Ier.

Compte rendu par P. LIÉNARD, avocat à la Cour impériale de Caen.

Sauf le *Traité des sociétés*, dont la publication n'est pas encore achevée, mais dont l'apparition ne tardera probablement pas à répondre aux vœux de tous, on peut regarder comme aujourd'hui terminée l'explication théorique et pratique du Code Napoléon que Marcadé, en mourant, laissait imparfaite et dont M. Paul Pont fut désigné comme le continuateur.

Ici, c'est un travail, en partie du même auteur, mais d'une nature toute différente, dont nous abordons l'examen. Le contrat de mariage est une matière si importante, d'un intérêt si capital, qu'à lui seul il demande bien un traité spécial. On peut en effet dire de ce titre (Liv. III, tit. V[e]) ce qu'on a dit des petits contrats : il réunit et groupe un grand nombre de questions capitales que d'autres titres du Code Napoléon soulèvent : questions d'état, questions de succession, questions de dispositions entre-vifs, questions d'obligations, questions d'hypothèques, questions de prescription.

L'ouvrage entier a trois forts volumes in-8°. Le dernier vient de paraître; les deux premiers vont jusque vers la fin des communautés conventionnelles. Cette partie du Code n'est pas sans présenter un certain désordre, et il fallait remédier à cet inconvénient par un classement méthodique qui permît de passer sans effort, et par une transition naturelle, d'une idée à une autre. Ce classement, MM. Rodière et Pont l'ont trouvé, et l'on peut dire qu'ils ont, sur ce point, su concilier les nécessités de la méthode avec

[1] Nous reviendrons bientôt sur cette question de savoir de quels biens un *filiusfamilias* peut disposer par donation à cause de mort.

Digitized by Google

les exigences du commentaire, qui s'effraye des remaniements et n'admet pas volontiers que l'on bouleverse de fond en comble l'ordre des textes pour y substituer une marche plus logique peut-être, mais moins familière à la pratique.

Nous venons de prononcer le mot de *commentaire* : ce n'est pas que nous prétendions faire entendre par là que le livre de MM. Rodière et Pont est un *commentaire*. Ce titre lui est d'autant plus étranger que ce n'est pas celui-là que les auteurs ont inscrit à la première page de leur œuvre. Appelons-la, comme ils l'ont eux-mêmes fait, un *traité*. Mais quelle espèce de traité sera-ce? Non pas certes un traité absolument dogmatique, comme le célèbre ouvrage que MM. Aubry et Rau ont publié d'après Zachariæ. Mais entre le commentaire servile, qui suit pas à pas les textes, et le traité purement dogmatique qui les mutile et les bouleverse, il existe une méthode intermédiaire, qui n'est pas la moins utile dans ses résultats. Elle consiste, dans son sage éclectisme, à emprunter au commentaire son respect pour le texte de la loi, au traité son ordre plus logique. Cette méthode a donné naissance à des livres très-recommandables, et l'on peut dire d'elle qu'elle unit tout ce qu'il y a d'utile dans l'exactitude de l'interprète à tout ce que peut présenter de grand l'inspiration de l'écrivain.

La méthode dogmatique n'exclut donc pas la forme du commentaire, et c'est de cette fusion des deux procédés qu'est sorti le savant traité que nous examinons aujourd'hui.

Ceci peut servir à apprécier l'esprit général qui préside à son économie. Voyons maintenant d'après quel principe la distribution des matières y est organisée. Nous ouvrons le tome I^er^.

Le titre du Contrat de mariage débute par des dispositions générales qui occupent une douzaine d'articles. Conditions de capacité des futurs conjoints, conventions permises et prohibées, disponibilité des biens, tels sont les points principaux dont elles traitent. Avant d'aborder l'étude de ces articles, MM. Rodière et Pont ont exposé l'histoire de la matière.

Cet historique occupe une vingtaine de pages où se rencontrent à la fois la profondeur de l'érudition, la sûreté de la

Digitized by Google

critique et le charme des développements. Il nous est revenu que l'on avait accusé certains livres de droit, d'ailleurs fort recommandables, d'être *trop littéraires*. Les auteurs du Contrat de mariage ont prouvé que l'élégance de la diction, le charme de la forme ne nuisent en rien au fond.

Nous voyons là se dérouler devant nous l'état des droits respectifs des époux aux différentes époques et chez les différents peuples. Nous assistons ainsi à la formation et au développement du *contrat de mariage*, c'est-à-dire de cet ensemble de dispositions qui constitue le règlement des droits respectifs des époux.

Après les amendements apportés par le christianisme à l'infériorité dans laquelle Rome païenne reléguait la femme, l'idée de communauté commence à poindre chez quelques peuples du Nord. Nous apprenons donc ici, d'une part l'origine du contrat de mariage; d'autre part, celle de la communauté.

Pour l'origine du contrat de mariage, nos auteurs la rencontrent à Rome, où, dès le principe, on connut les constitutions de dot.

Pour la communauté, son origine est encore plus précise. On peut dire que les amendements apportés par le christianisme à la condition de la femme en ont fourni l'idée, ou plutôt, que l'idée de communauté est sortie du même principe qui amena ces amendements. C'est un principe de protection pour la femme, d'association d'existences entre elle et son mari, principe gravé pour ainsi dire dans le cœur de l'homme, et que l'Écriture a formulé dans cette magnifique parole : *erunt duo in carne una.*

En suivant les développements successifs de la communauté, nos regards se portent nécessairement vers la France, dont ce régime était appelé à devenir le droit commun. Mais dans les premiers temps du droit contumier, nous ne remarquons que dans la partie centrale et septentrionale de ce pays les premiers rudiments de ce régime, issus de l'élément germanique qui s'y était perpétué. Tous les pays de droit *écrit* étaient sous l'empire du système romain, du régime dotal.

Avec l'apparition du droit nouveau surgit l'antagonisme entre le régime dotal et la communauté. Celle-ci est plus en harmonie avec l'idée chrétienne de mutuel secours qui doit

Digitized by Google

présider au mariage : celui-là est pour la dot une précieuse sauvegarde. Si l'on peut reprocher au régime dotal de ne pas laisser à la prospérité du ménage son développement naturel, on peut reprocher à la communauté de ne pas établir pour la conservation des biens de suffisantes garanties. Cependant il fallait un régime, sinon exclusif de tous les autres, du moins prédominant. On choisit la communauté, plus favorable aux petites fortunes, et à laquelle son développement sur le sol même de la France imprimait le cachet national.

Nos auteurs ont su tirer parti avec bonheur de l'abondance des matières renfermées dans les dispositions générales, en y introduisant l'ordre et l'enchaînement logique que notre Code peut-être ne leur avait pas donné.

Ils ont en effet consacré à ce premier chapitre de longs développements; ils l'ont divisé en quatorze sections se rattachant à autant d'idées principales.

Avant d'entrer dans l'examen des différents régimes, il était naturel aux rédacteurs d'examiner quels grands principes devaient présider à l'adoption de tel ou tel d'entre eux. De là sont sorties un certain nombre de dispositions, les unes prohibitives, les autres permissives, les autres impératives (art. 1394).

Nous ne pouvons, dans un travail dont le cadre est nécessairement restreint, examiner toutes les questions, même celles d'une grande importance, que MM. Pont et Rodière ont élaborées avec le soin qu'on leur connaît. Outre que dans un pareil sujet elles se rencontrent pour ainsi dire à chaque pas, les auteurs n'ont pas reculé devant celles que soulevaient des matières connexes. Nous nous bornerons à prendre, comme au hasard, quelques-uns des points controversés qui ont fourni à ses rédacteurs tant d'intéressantes et substantielles discussions.

La femme mineure peut-elle consentir à la restriction de son hypothèque légale? L'article 2140 du Code Napoléon a paru suffisamment s'y opposer pour que la généralité des auteurs, et notamment MM. Rodière et Pont, soient unanimes pour la négative. — On s'est demandé si l'article 1388 est applicable à la convention par laquelle les futurs époux renonceraient à l'usufruit légal des père et mère? Non, puisqu'après la dissolution du mariage par la mort de l'un des

Digitized by Google

époux, l'article 1388 ne permettrait pas d'y renoncer. Si ce point a donné lieu à controverse, c'est que dans le principe MM. Aubry et Rau, se fondant sur ce que l'article 1388 *in fine* n'exclut pas expressément cette renonciation, avaient soutenu l'affirmative. Si nous la notons, c'est que MM. Rodière et Pont ont contribué à en triompher.

Aux termes de l'article 1389, les époux ne peuvent faire aucune convention ou renonciation dont l'effet serait de changer l'ordre légal des successions, soit par rapport à eux-mêmes dans la succession de leurs enfants ou descendants, soit par rapport à leurs enfants entre eux..... Mais voilà un futur conjoint qui, au moment des conventions matrimoniales, stipule qu'au cas où il viendrait à prédécéder, les biens meubles qu'il laissera à sa mort appartiendront en toute propriété au survivant « sous la condition que le mobilier dudit sera partagé entre ses héritiers et ceux du prédécédé. » — Cette clause n'est-elle pas en contradiction avec l'article 1389 et avec l'article 1130 du Code Napoléon? La question, qui se rattache non-seulement aux principes des obligations conventionnelles, mais encore à ceux des substitutions, a sans doute paru à MM. Rodière et Pont trop étrangère au cadre du livre pour y être spécialement élucidée. Les principes posés par eux à l'occasion de l'article 1389 porteraient à douter grandement de sa validité. On pourrait toujours dire que, par une pareille clause, les futurs conjoints s'érigeraient en législateurs, et c'est ce que la loi n'a pas permis.

Les constitutions de dot entendues *lato sensu*, forment au milieu de notre sujet un ordre de matières à part. Le chapitre que nos auteurs y ont consacré constitue à lui seul un véritable petit traité. La question de savoir quel est le véritable caractère de la constitution de dot est on ne peut plus intéressante parce qu'elle se rattache à une matière grosse de difficultés, aux obligations naturelles. Est-ce une obligation naturelle? Allons plus loin : est-ce une obligation naturelle certaine et absolue, c'est-à-dire la promesse de dot a-t-elle, relativement à l'époux promettant, une cause civilement suffisante « dans l'obligation naturelle de doter leurs enfants? »

Jusqu'où s'étend la garantie de la dot promise?

Sur ces deux points, dont le dernier avait été seulement touché par Domat, on trouve dans MM. Rodière et Pont

Digitized by Google

de larges et substantielles discussions. Il en est de même du caractère onéreux ou gratuit de la constitution de dot, et des distinctions que cette grave question soulève.

Le droit fiscal marche aujourd'hui parallèlement avec le droit civil. Par exemple, en matière de partage, l'idée de l'ancien droit, qu'on avait essayé de faire revivre contre le fisc, « a été législativement condamnée. » Cet état de choses a fourni à MM. Pont et Rodière la remarquable dissertation par laquelle ils ont clos l'explication des dispositions générales. Quiconque s'intéresse à l'étude si curieuse des droits d'enregistrement y trouvera un sujet capable, à la fois, de captiver et d'instruire. Les auteurs s'occupent ensuite de la communauté légale.

Une des questions intéressantes sur cet immense sujet est, en ce qui touche la composition active de la communauté, de savoir si toute obligation de faire y tombe indistinctement. Telle sera la solution, si l'on partage l'opinion d'après laquelle, une fois novée par l'inexécution, l'obligation de faire consisterait toujours en dommages-intérêts.

Les baux, avec leurs clauses diverses, constituent encore un des éléments les plus importants de cet actif. Ce point nous vaut des détails historiques très-intéressants sur les anciennes formes de baux. Nous ne croyons pouvoir mieux faire que d'engager le lecteur à méditer les sept ou huit pages consacrées à cette partie du sujet.

C'est une question que l'on pourrait croire bien connue, parce qu'elle est souvent rappelée, que celle de la propriété artistique et littéraire. Mais si elle est souvent remise au jour, c'est précisement parce qu'elle donne encore lieu à bien des doutes, à bien des hésitations, tant dans la doctrine que dans la jurisprudence. Et d'ailleurs, il suffit de se rappeler qu'elle est mêlée à la théorie des droits réels et personnels, pour se dire de suite qu'elle ne saurait être trop élaborée. On dit, propriété artistique, propriété littéraire. Mais à quel titre, sous quel point de vue est-ce une propriété? Cette question se lie à celle de savoir si de nos jours cette propriété fait partie de la communauté. Cette partie du domaine de l'homme tombe dans la communauté à titre de chose mobilière, voilà la donnée générale. Mais à combien de restrictions n'est-elle pas soumise!

Digitized by Google

Quant aux propres, MM. Rodière et Pont les traitent sous trois grandes divisions auxquelles ils donnent le nom de *distinctions*. C'est du moins la classification sous laquelle ils ont réparti les différentes espèces de propres *immobiliers*. L'opération connue sous le nom de retrait d'indivision y est traitée avec beaucoup de soin.

La subrogation, à un propre aliéné, d'un immeuble acquis en remplacement se présente sous deux aspects, l'échange et le remploi. Aussi MM. Rodière et Pont ont-ils rapproché du § 1 de la section première l'étude des articles 1434 et 1435. Nous sommes forcé de nous répéter, et de dire que là encore on trouvera des thèses aussi intéressantes qu'amplement discutées, notamment en ce qui concerne les formes du remploi et les modes sous lesquels il doit être fait. Nous n'osons exprimer le regret de ne pas pénétrer plus avant dans l'examen de ce volume. Nous ne pouvons cependant nous résoudre à le fermer sans remarquer avec quelle liberté, et en même temps quelle convenance de discussion MM. Rodière et Pont exposent leurs divergences sur certains points, soit avec les auteurs, soit avec la jurisprudence. C'est ainsi qu'à propos de l'article 1408, ils se trouvent en désaccord avec Marcadé et avec la Cour de Douai (arrêt du 31 mai 1852) sur le point de savoir si, lorsque l'époux copropriétaire acquiert seulement quelques-unes des parts indivises et non toutes, il y a réellement cessation d'indivision. Nous voudrions également pénétrer avec eux dans la question qui a fait dans la jurisprudence une sensation si profonde, à propos de la nature des reprises de la femme; mais nous croyons que ce que nous avons à en dire trouvera sa place dans l'analyse du second et du troisième volume, où cette thèse est examinée avec tout le détail qu'elle comporte.

P. LIÉNARD.

Digitized by Google

COMMENTAIRE THÉORIQUE ET PRATIQUE DE LA LOI DU 6 JUIN 1868

SUR LES RÉUNIONS PUBLIQUES [1],

Par M. Georges Dubois.

Compte rendu par M. Gabriel Debacq,
docteur en droit, avocat à la Cour impériale de Paris.

En même temps que le livre de M. Giboulot sur la Presse (Voir notre compte rendu dans la livraison précédente), paraissait un commentaire de la loi du 6 juin 1868 sur les réunions publiques, par M. Georges Dubois. MM. Giraudeau et Lefèvre avaient déjà publié sous le titre « les Élections législatives et les réunions publiques : textes, annotations, formules, » un travail estimable et destiné à rendre dans la pratique les services les plus sérieux. M. Ameline, auditeur au Conseil d'État, avait, d'autre part, examiné dans une série d'articles remarquables insérés dans la *Revue pratique* les plus graves des questions que pouvait soulever l'application de la loi du 6 juin 1868. M. Dubois a pensé qu'à côté des annotations de MM. Giraudeau et Lefèvre, de la brochure substantielle de M. Ameline, il y avait place pour un commentaire scientifique et d'étendue considérable. Il a donc publié le livre que nous avons en ce moment sous les yeux.

Disons de suite que c'est une œuvre sérieuse, où chacun des articles qui composent la loi est l'objet d'une analyse sévère et raisonnée, d'une discussion approfondie, d'une comparaison intéressante avec les lois autrefois en vigueur en France et les législations de quelques pays voisins. Les solutions proposées par l'auteur (en grande partie déjà données par M. Ameline), un peu trop rigoureuses souvent, un peu trop illibérales aussi, sont par leur sévérité même bien dans l'esprit de la loi nouvelle sur les réunions.

Il ne faut pas d'ailleurs s'étonner de cette rigueur. L'auteur du commentaire est magistrat, et ne fait dans sa préface aucune difficulté d'avouer que c'est dans un but tout personnel qu'il avait entrepris d'abord le travail qu'il livre aujourd'hui au public. Rien donc de plus naturel, en l'état,

[1] Un vol. in-8°. Cosse et Marchal. 1869.

Digitized by Google

qu'il ait étudié la loi des réunions au point de vue répressif, et au point de vue répressif seulement.

Mais si nous trouvons cela tout naturel, nous ne trouvons pas que ce soit tout à fait bien. La loi du 6 juin 1868 est une loi politique, et, l'on n'explique pas une loi politique comme on explique une loi sur le régime hypothécaire ou la procédure civile. Les lois politiques, nous l'avons dit en parlant du livre de M. Giboulot, on ne les comprend bien, on ne les explique bien qu'à la condition d'oublier quelquefois qu'on est jurisconsulte et de devenir un peu homme de polémique. Qui entame le commentaire d'une loi provisoire comme la loi du 6 juin 1868, ne doit point se donner pour mission unique de bien fixer le sens, la portée exacte de la loi actuelle, il doit aussi et surtout préparer les éléments qui serviront à la confection de la loi future. S'il n'ose point aborder lui même la discussion des principes, du moins faut-il qu'il mette le lecteur au courant des polémiques que soulèvent ces principes, qu'il rappelle les critiques que la loi a soulevées, les améliorations dont elle est susceptible, sinon les progrès qu'elle a réalisés. S'il ne veut pas conclure, qu'il rapporte. C'est demi-besogne que de se borner à une explication pure et simple du texte. Pour que l'œuvre soit complète, il faut lire entre les lignes et chercher la volonté ou les tendances du législateur par delà les termes dont il s'est servi pour les formuler.

M. Dubois a donc eu tort, à nos yeux, de déclarer dans sa préface qu'il s'abstiendrait de toute polémique, et plus grand tort encore de ne point mettre de côté, au cours de son livre, le programme qu'il s'était tracé en commençant, d'autant que s'il s'est abstenu soigneusement de polémique proprement dite, il n'a pu s'empêcher de se laisser aller à la louange, pour quelques-uns, à l'attaque très-vive, pour quelques autres; que s'il s'est interdit la discussion, il ne s'est point interdit l'épithète.

Nous regrettons aussi que M. Dubois n'ait point cru devoir insister davantage sur l'histoire du droit de réunion dans l'ancienne France; c'eût été une étude intéressante et surtout fort instructive. Sans doute M. Dubois a, dans son introduction, rappelé quelques-uns des textes qui réglementaient autrefois le droit de réunion, mais il n'a point suffi-

Digitized by Google

samment indiqué quelle avait été l'application pratique de ces textes. Il y avait là tout un côté inexploré de notre vieille histoire à tirer de l'ombre. Il fallait montrer le droit de réunion reconnu de tous temps en Flandre et aux Pays-Bas, revendiqué et conquis par les Comtois, pratiqué sans dangers pour la paix publique dans le midi de la France, toléré en Bretagne, exercé sans difficulté dans toutes les communes où les habitants avaient des intérêts collectifs à faire valoir, recevant ses premières blessures pendant les guerres de religion pour succomber sous l'étreinte de Louis XIV, et ne renaître que soixante-quinze ans plus tard, alors que les populations, corrompues par le despotisme, étaient devenues incapables de jouir paisiblement de libertés dont elles avaient été trop longtemps privées pour ne point en abuser au jour du triomphe. Il est regrettable que M. Dubois n'ait pas porté de ce côté ses investigations et qu'il ait borné son exposé historique à quelques emprunts au *Répertoire* de Dalloz ou à celui de M. Morin. D'autres que lui entreprendront la tâche qu'il n'a point osé aborder.

Cette part faite à la critique, nous reconnaissons volontiers qu'en somme, le livre de M. Dubois est un livre utile qui, même après la brochure de M. Ameline, peut tenir une place honorable parmi les travaux juridiques récemment parus.

GABRIEL DEBACQ.

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL.

DES BAUX RURAUX OU TENURES D'UNE DURÉE PERPÉTUELLE,

Par M. H. F. RIVIÈRE, conseiller à la Cour impériale de Riom, docteur en droit.

Il n'est pas sans intérêt, avant la rédaction définitive du Code rural, dont la promulgation est si vivement désirée, de préciser le caractère ou les conditions essentielles de plusieurs baux et redevances perpétuelles qui, à divers titres, pèsent encore aujourd'hui sur les biens ruraux, d'en apprécier les conséquences juridiques, et de rechercher quelle pourrait être l'utilité et même la légitimité de la mesure qui aurait pour but de faire disparaître ces charges et de dégrever entièrement la propriété.

Ce sera l'objet des quelques observations que je me propose de présenter dans les trois paragraphes suivants.

I.

Les contrats ruraux les plus connus dans notre ancienne jurisprudence, parmi ceux qui doivent fixer notre attention, étaient : le champart, l'agrier, le terrage, la percière, le complant, le bail à devoir.

Il y avait encore le bail à locatairie perpétuelle, le bail à culture perpétuelle, le bail à métairie perpétuelle, le bail héréditaire, le bail à vie, le bail à convenant ou à domaine congéable.

Tous ces baux constituaient, avec les rentes foncières et les emphytéoses, autant de charges, souvent mal définies, grevant la propriété immobilière, la plupart entravant sa transmission, et nuisant sans aucun doute aux progrès de l'agriculture.

La doctrine et la jurisprudence ont analysé chacune des conventions que je viens de rappeler, constaté les éléments qui les composent, et voici, en quelques mots, les résultats aujourd'hui acquis et consacrés.

Le *champart* était la concession d'un fonds, à la charge d'une redevance annuelle consistant dans une portion de fruits. Le champart recevait dans chaque province un nom

Digitized by Google

particulier : tantôt on le trouve désigné sous le nom d'*agrier*, tantôt sous les noms de *terrage*, de *percière*, de *cartible*, de *quart* ou de *cinquain*.

Par le *complant*, le propriétaire d'une terre la cédait à un preneur à la charge de la planter d'arbres, le plus souvent de vignes, et de lui payer une redevance annuelle consistant ordinairement en fruits. On distinguait, du reste, outre le complant féodal, deux sortes de baux à complant, comme nous le verrons bientôt.

Le *bail à culture perpétuelle* qui, sauf la différence de dénomination, est le même que *la locatairie perpétuelle*, était un contrat par lequel un immeuble était affermé à perpétuité, à la charge par le preneur de le tenir constamment en état de culture, et de payer annuellement une redevance au bailleur ou à ses héritiers.

Il ne faut pas confondre avec le précédent le *bail à métairie perpétuelle*, dans lequel le preneur n'était, pour ainsi dire, qu'un simple métayer ou colon partiaire, chargé des travaux de l'agriculture; transmettant, il est vrai, son droit de génération en génération dans sa famille, mais n'acquérant aucun attribut essentiel du domaine utile.

J'en dirai autant du *bail héréditaire*, qui n'est autre chose qu'un bail se transmettant à titre successif dans la famille du preneur, lequel n'acquiert que les droits d'un fermier ordinaire, sauf la transmission de ces droits à ses héritiers directs. « C'est un contrat, comme le disait le célèbre procureur général Dupin, qui tient à la bonhomie des gens de l'Alsace, un contrat de bonnes gens, un contrat de bonne foi; les fermiers s'y succèdent de père en fils; le bail héréditaire ne fait que fonder une dynastie de fermiers; le fils prend la charrue après le père; mais ce dernier n'est pas un fermier à un autre titre que celui qui l'a précédé. Les deux parties gagnent à la convention : le bailleur s'est assuré une bonne race de cultivateurs; le preneur s'est assuré pour lui et ses héritiers de bons propriétaires sur une terre cultivée par la famille. L'agriculture, qui ne prospère que par les baux à longue durée, trouve dans le bail héréditaire les plus grands avantages. »

Le *bail à vie* était l'abandon de la jouissance d'un immeuble, moyennant une redevance annuelle, pendant la vie

Digitized by Google

d'une ou plusieurs personnes. Ce bail pouvait autrefois être consenti pour la vie d'un nombre de personnes indéterminé. Mais sa nature et ses caractères étaient très-controversés. Les uns n'y voyaient qu'une simple location; d'autres, dont l'opinion était plus générale, pensaient qu'il conférait au preneur le domaine utile.

Enfin, le *bail à convenant* ou *à domaine congéable*, assez usité encore aujourd'hui dans certaines contrées, est un contrat par lequel le propriétaire d'un immeuble le loue à un tiers en lui vendant en même temps les édifices et superfices qui existent sur le fonds amodié, avec la faculté d'expulser et de congédier le preneur en lui remboursant, suivant leur valeur à dire d'experts, le prix des édifices et superfices, c'est-à-dire de tous les bâtiments et de tous les objets que l'art, la culture et le travail de l'homme ont élevés sur la superficie du sol.

Le savant Carré a parfaitement expliqué l'orgine de ce contrat et les motifs qui l'ont fait adopter[1] : « Un marin, disait-il, entreprend un voyage de long cours; un guerrier est obligé de s'absenter pour la défense de sa patrie; un négociant est forcé, pour suivre son commerce, de s'éloigner de ses possessions; un propriétaire veut s'affranchir des frais d'entretien et de réparation qui lui sont onéreux; mais aucun ne veut abandonner sa propriété par une aliénation absolue; tous s'arrêteront à un mode de jouissance qui leur épargne tous les embarras de l'administration de leurs biens, et qui, en les dispensant des réparations, leur donne la certitude que les bâtiments seront entretenus, les terres bien cultivées, et que la portion de fruits qu'ils se réservent leur sera exactement payée sans avoir à craindre aucune insolvabilité. »

Le domaine congéable renfermait et un bail et une vente avec faculté de rachat : bail de la terre, vente des superfices, dont la propriété était transmise au preneur sous la réserve du *congément* de la part du bailleur.

Le fonds, comme le disait Poullain, était accordé à titre précaire, et la superficie en propriété ; non pas en propriété irrévocable, mais en propriété résoluble.

[1] Voy. *Introduction à l'étude des lois relatives aux domaines congéables;* et *Commentaire de la loi du 6 août 1791.*

Digitized by Google

Les rentes convenancières étaient de simples fermages d'un bail, dont la durée était indéfinie, mais qui pouvait être résolu d'un moment à l'autre par le bailleur.

Les baux à domaine congéable étaient, en effet, d'une durée illimitée; mais le droit de congément de la part du bailleur était essentiel à ce contrat. Le bailleur avait toujours le droit de congédier le preneur en lui remboursant les superfices. Ce droit n'était suspendu que pendant le temps *de la baillée d'assurance*, c'est-à-dire de la convention par laquelle le bailleur assurait le colon qu'il ne le congédierait point pendant un certain nombre d'années. Ce terme était le plus souvent de six ou de neuf ans. A l'expiration de la *baillée*, le colon n'avait pas le même droit que le bailleur. Le droit de congément appartenait à ce dernier exclusivement. La baillée d'assurance était, du reste, présumée dans les baux à convenant. Aussi d'Argentré, dans la définition qu'il donnait de ces baux, reconnaissait-il un terme de jouissance assuré par les lois rurales du canton : « *Nostri prædia vocant quæ domini solent colonis tribuere, sub certâ annuâ pensione, colenda in tempus, quod alibi novennii est ex agrariis locorum legibus, alibi longioris* [1]. » Le terme de neuf années était effectivement le plus usité d'après les usements.

De tous les contrats que nous venons d'énumérer et de définir, le champart était le plus répandu, soit sous le nom de *terrage*, en Flandre et en Lorraine, soit même sous le nom de *complant*, notamment dans les coutumes du Maine, d'Anjou, de Saint-Jean-d'Angely; d'*agrier*, lorsqu'il se percevait sur le blé, dans les coutumes de Lamarche (art. 331), de Saint-Jean-d'Angely (art. 21), de Bordeaux (art. 86, 102 et 103); de *cartible*, dans le Forez.

Le champart était connu, en Auvergne, sous le nom de *percière*, convention sur laquelle j'aurai à insister plus spécialement, parce qu'elle était et est encore en usage dans le ressort de la Cour dont j'ai l'honneur de faire partie. Dans les titres de *percière* que j'ai eus sous les yeux, et qui dataient de 1774, le bailleur concédait le fonds en jouissance perpétuelle « à la charge par les preneurs de planter la terre

[1] *Des lods et rentes*, § 40, cité par Merlin, *Rép.*, v° *Baillée*.

Digitized by Google

en vignes de bons ceps, de la bien entretenir, échalasser, raser, provigner, fossoyer par trois fois en temps et saisons convenables, fumer, le tout en bon père de famille. » Les preneurs s'obligeaient encore « à cueillir les fruits, et à les conduire à l'endroit le plus convenable pour le bailleur, pour lui en être délivré un tiers pour son droit de propriété. » Enfin, les preneurs s'engageaient « à prévenir le bailleur avant la cueillette, et à lui payer annuellement chacun vingt sous et une paire de poulets. »

Chabrol assimilait complétement la percière et le champart : « La percière, disait-il, est ce qu'on appelle ailleurs champart. Cette espèce de propriété est très commune dans la province, surtout dans les montagnes situées à l'occident de la Limagne [1]. »

Grenier reconnaissait aussi que la percière et le champart étaient des droits parfaitement identiques : « On les identifie en Auvergne et en Bourbonnais; il n'y a de différence que dans les noms; on y regarde la percière comme un droit de percevoir une partie des fruits que le propriétaire du fonds s'est réservée lors de la concession qu'il en a faite, et l'on ne saurait donner une autre définition au champart; aussi la coutume de Bourbonnais (art. 352) dit-elle indistinctement *terrage, percière* ou *champart*, etc. La coutume d'Orléans se sert des termes de *champart* ou *terrage,* comme étant synonymes, (art. 141, 142, 143 [2].) »

Les baux à culture et à locatairie perpétuelle étaient usités surtout dans les pays de droit écrit. Je dois dire que ces baux ont entièrement cessé d'être en usage.

La métairie perpétuelle était pratiquée dans la Marche et le Limousin, et le bail héréditaire dans l'Alsace seulement, dans le pays *des bonnes gens.*

Enfin, le domaine congéable existe de temps immémorial dans cette partie de la Bretagne que couvrent aujourd'hui les départements des Côtes-du-Nord, du Morbihan, et du Finistère.

II.

Quelles étaient les conséquences juridiques de chacune des

[1] *Coutume d'Auvergne*, vol. III, p. 23.
[2] *Commentaire sur l'édit de* 1771, art. 7, p. 128, 2e édition.

Digitized by Google

conventions, de chacune des tenures rappelées sous le paragraphe précédent? En d'autres termes, quelles étaient celles qui transféraient le domaine au preneur? quelles étaient celles dans lesquelles le domaine était conservé par le bailleur?

C'est ce que j'examinerai ici très-rapidement.

A. — En thèse générale, le champart, soit terrage, soit percière, transmettait, aussi bien que le bail à rente, la propriété de l'immeuble au preneur [1].

Chabrol considérait, il est vrai, le seigneur du droit de champart ou percière comme copropriétaire [2]. Mais cette doctrine, que le savant commentateur émettait à l'appui d'une solution qu'il voulait donner sur une question spéciale, ne l'empêche pas d'appeler, dans le même alinéa, le preneur propriétaire. Chabrol avait sans doute l'intention de dire, comme d'Héricourt, au sujet des autres rentes foncières, que celui auquel le droit de percière appartenait était censé propriétaire du fonds jusqu'à concurrence de la rente [3]. Dans le champart, comme dans le bail à rente, la pleine propriété était transférée au preneur, mais sous la réserve par l'ancien propriétaire d'un droit réel immobilier de rente annuelle et perpétuelle en nature et consistant en une certaine quotité de fruits se recueillant sur l'héritage qui en était grevé.

Il faut tenir pour constant et certain le principe d'après lequel le domaine de l'immeuble soumis au droit de champart était transmis au preneur. Mais j'ai dit que ce n'était qu'en thèse générale, car il y avait quelques champarts qui n'étaient en réalité que des baux à ferme [4]. Cette exception dépendait des usages et des stipulations.

A l'égard du complant, il est nécessaire de faire quelques distinctions.

Le bail à complant transférait la propriété d'après la coutume de la Rochelle [5].

Mais on a décidé, au contraire, qu'il ne la transférait pas

[1] Voy. notamment art. 196 coutume d'Amiens, et Henrion, *Dissertations féodales*, v° *Champart*, §§ 1 et 5.

[2] Sur l'art. 3, chap. XXI, *Coutume d'Auvergne*, vol. III, p. 69.

[3] Voy. d'Héricourt, chap. XI, sect. 3, n° 7, p. 276.

[4] Voy. Pothier, *Traité des champarts*, art. 2, § 1, t. XX, p. 84.

[5] Voy. Merlin, *Rép.*, v° *Vignes*, § 2.

Digitized by Google

dans les pays qui composent aujourd'hui le département de la Loire-Inférieure, et dans lesquels le complant est désigné et connu sous le nom de *bail à devoir*, *de tiers ou de quart*[1].

La commission du conseil des Cinq-cents, auquel une pétition avait eté adressée, faisait observer que le bail à devoir, usité dans le département de la Loire-Inférieure, ne pouvait pas être assimilé au bail à complant en usage dans quelques départements voisins, « parce que dans ces départements, disait-elle, le bail à complant transportait la propriété du fonds et était régi par la coutume qui en déterminait les effets, au lieu que dans le département de la Loire-Inférieure, le bail à devoir de tiers ou de quart ne transférait aucun droit de propriété, et que la coutume de Bretagne ne contenait aucune disposition relative à ces baux dont les conventions ne tenaient qu'à un usage local. »

Cette doctrine fut, en effet, consacrée plus tard par l'avis du conseil d'État du 4 thermidor an VIII précité[2].

Le Conseil d'État fut ensuite appelé à se prononcer sur la nature des baux à complant dans les départements de la Vendée et de Maine-et-Loire, qui faisaient autrefois partie du Poitou et de l'Anjou, et par un avis des 21 ventôse-23 messidor an XI[3], le Conseil d'État répondit « qu'il résultait des lois citées dans l'avis du 4 thermidor que la législation sur cette matière était faite; que dès lors elle était applicable à tous les actes et baux consentis dans les mêmes cas et avec les mêmes caractères, quelque nom qui ait été donné aux baux, et dans quelques départements que soient situés les biens, ainsi donnés à bail. » L'avis ajoute : « Il n'y a pas lieu à prendre l'arrêté demandé pour rendre commun aux départements de la Vendée, de Maine-et-Loire, ni à tout autre, l'arrêté du 4 thermidor an VIII en forme d'avis sur les baux à complant; il suffit que les principes aient été établis dans cet arrêté pour recevoir leur application partout où les clauses des actes *caractérisent la réserve de la propriété au bailleur.* »

La question de savoir si, dans le Poitou et l'Anjou, les baux à complant transféraient ou non la propriété est donc une question livrée encore aujourd'hui à la controverse. J'incline-

[1] Avis du Conseil d'État du 4 thermidor an VIII ; Cass., 7 août 1837.
[2] Voy. Merlin, *Rép.*, v° *Vignes*, § 2, p. 580, 4e édition.
[3] Rapporté par M. Merlin, *loc. cit.*

Digitized by Google

rais cependant volontiers à penser que la propriété était transmise [1].

Quant au bail à locatairie ou à culture perpétuelle, il transférait la propriété en Provence [2]. Mais le parlement de Toulouse avait consacré l'opinion contraire. C'était le sentiment de Boutaric [3]. Fonmaur disait dans le même sens : « Le bailleur se réserve la propriété et la possession civile ; il ne baille que la possession naturelle au preneur chargé du payement de la rente tant qu'il jouira [4]. »

Tronchet développa la première opinion dans son rapport au nom du comité des droits féodaux.

Cette opinion, qui a été suivie par Merlin, a été aussi consacrée par la Cour de cassation. Il a été jugé, conformément aux conclusions du savant procureur général, que la locatairie perpétuelle transférait le domaine utile [5].

Néanmoins, on peut très-bien se demander s'il ne faut pas faire une exception pour les contrées où, suivant l'opinion commune et la jurisprudence, les bailleurs conservaient la pleine propriété des biens concédés à titre de locatairie perpétuelle. La Cour de cassation rendait ses arrêts sous l'empire de la loi de 1790, dont je parlerai bientôt; et, au point de vue historique, ces décisions ne peuvent avoir aucune influence sur le sentiment de ceux qui, comme moi, pensent que l'on doit distinguer entre la Provence et les pays du parlement de Toulouse.

Les baux à métairie perpétuelle n'étaient pas translatifs de propriété [6]. Si, sous l'ancienne jurisprudence, le colon à métairie perpétuelle était réputé *foncier*, ce n'était que d'une manière impropre; ce n'était pas comme possesseur du domaine utile, mais seulement à raison du droit éventuel qu'il

[1] Voy. Cass., 26 janvier 1826, 20 juillet 1828, 9 août 1831, 11 février 1833.

[2] Voy. Julien, *Statuts de Provence*, t. I, p. 269.

[3] *Traité des droits seigneuriaux*, chap. XIV, n° 1 ; *Institutes*, liv. III, tit. 25, § 3.

[4] *Traité des lods et ventes*, n° 536.

[5] Arrêt du 7 ventôse an XII; voy. Merlin, *Questions de droit*, v° *Locatairie perpétuelle*, § 1. — La Cour de cassation a rendu ensuite plusieurs arrêts dans le même sens : 30 mars 1808, 5 octobre 1808, 29 juin 1813.

[6] Voy. Salviat, v° *Bail à métairie perpétuelle*; Championnière, *Traité des droits d'enregistrement*, n° 3062.

Digitized by Google

avait au tiers de la propriété, pour le cas où le bailleur l'expulserait sans motifs.

Cependant la Cour de cassation, dans son arrêt du 2 mars 1835, semble avoir émis une opinion contraire. Mais cette respectable Cour avait confondu le bail à métairie perpétuelle avec les baux à locatairie et à culture perpétuelle. Elle ne tarda pas à reconnaître cette erreur [1].

Par un arrêt du 24 novembre 1837, rendu en audience solennelle, la Cour régulatrice décida avec raison que le bail héréditaire n'opérait pas la translation de propriété. Ni le droit coutumier, ni la législation intermédiaire, ni le Code Napoléon n'avaient parlé de ce contrat; aussi, la Cour de cassation, appelée à le caractériser, l'avait-elle d'abord confondu avec la locatairie perpétuelle, et déclaré translatif de propriété [2]. Mais la question lui ayant été soumise de nouveau par suite d'un second pourvoi dans la même affaire, elle décida, par l'arrêt de 1837 précité, et sur les conclusions conformes de M. le procureur général Dupin, que le bail héréditaire était, sauf la durée, assimilable en tout aux baux ordinaires.

J'ai déjà fait observer que, selon l'opinion la plus générale, le bail à vie conférait le domaine utile au preneur [3].

Enfin le bail à domaine congéable n'est, comme je l'ai dit, qu'un louage du fonds et une vente des superfices, avec faculté de rachat de la part du bailleur.

Telles étaient, en résumé, sous le rapport de la transmission de la propriété, les conséquences juridiques de toutes les conventions que j'ai citées en commençant.

B. — L'affranchissement du sol, depuis longtemps sollicité par les économistes, fut une des premières mesures dont s'occupèrent les lois révolutionnaires. Lutter contre la classe des privilégiés, des grands propriétaires; attaquer ce qui faisait sa force, la propriété; s'attacher ainsi le tiers-état, pour l'opposer aux privilégiés; voilà le but de la Révolution et l'œuvre de l'Assemblée constituante. De là ces différentes lois au nombre desquelles se trouve celle qui permet le rachat des rentes foncières. Cette grave mesure était peut-être encore plus *po-*

[1] Cass., 11 août 1840; 30 mars 1842.
[2] Arrêt 28 janvier 1833.
[3] Voy. notamment Pothier, *Louage*, n° 27.

Digitized by Google

litique que véritablement *économique*. Après avoir supprimé les priviléges, les législateurs de l'époque pensèrent à étendre le niveau de l'égalité sur les propriétés; après avoir affranchi les personnes, ils voulurent affranchir le sol; ils cherchèrent le moyen de libérer les propriétés: ils rendirent les rentes rachetables.

La loi du 4 août 1789 déclara rachetables toutes les rentes foncières, soit en nature, soit en argent, et *les champarts de toute espèce* et sous toute dénomination.

Cette disposition fut expliquée et son mode d'exécution déterminé par la loi du 18 décembre 1790, qui, après l'avoir reproduite dans son premier article (titre I^er^), ajouta, dans un article 2 du même titre, que les rentes ou redevances foncières établies par les contrats connus en certains pays sous le titre de *locatairie perpétuelle* seraient comprises dans les dispositions de l'article précédent.

Peut-on dire que l'Assemblée constituante voulait, *pour le bien public*, donner au débiteur la faculté d'affranchir sa propriété des charges qui la grevaient; qu'elle ne voulait pas rendre propriétaire, au moyen du rachat, un tenancier qui ne l'était pas, ni transférer la propriété du fonds grevé de la rente des mains du créancier dans celles du débiteur; que c'est parce qu'elle reconnaissait les tenanciers des rentes foncières et des champarts de toute espèce comme propriétaires qu'elle leur accordait la faculté de rachat? Je n'oserais pas l'affirmer.

Est-ce sous l'empire de ces principes que fut rendu le décret du 2 prairial an II, sur la question de savoir si les rentes constituées par baux à culture perpétuelle étaient passibles de cette faculté?

Voici comment cette question fut résolue: « La Convention nationale, après avoir entendu le rapport de son comité de législation sur les questions proposées par la commission nationale, si les baux de fonds donnés *à culture perpétuelle* sont sujets au rachat, et en cas d'affirmative, quel est du bailleur ou du preneur, celui qui est autorisé à l'effectuer: considérant que, d'après les dispositions des lois du 18 décembre 1790 et du 27 août 1792 sur les baux *à location perpétuelle* et à domaine congéable, il est impossible de ne pas considérer les baux *à culture perpétuelle* comme soumis au rachat, suivant le mode déterminé par la première de ces

Digitized by Google

lois pour le rachat des redevances ou rentes consistant en quotité de fruits; et que suivant les principes reçus en cette matière, ce rachat ne peut être exercé que par celui qui détient et possède réellement le bien grevé de la prestation rachetable, conséquemment par le preneur dans le cas proposé. »

La loi de 1790 et le décret de l'an II, en autorisant les preneurs à racheter les rentes ou redevances établies par les baux à locatairie et à culture perpétuelle, sans excepter les pays où les bailleurs conservaient la propriété des biens concédés à ce titre, ne faisaient-ils pas une brèche au principe qui aurait d'abord guidé le législateur?

Bien plus, l'assemblée législative, par sa trop célèbre loi du 27 août 1792, n'accorda-t-elle pas aux preneurs la faculté de racheter *les rentes convenancières?* Ne déclara-t-elle pas les domaniers propriétaires du fonds, comme ils l'étaient des édifices et superfices, en les autorisant à rembourser les redevances dont ils étaient tenus? Pour colorer cette violation des droits de l'apparence de la justice, l'article 1^er^ de cette loi portait : «Les ci-devant domaniers *sont* et *demeurent* propriétaires incommutables du fonds, comme des édifices et superfices de leurs tenures. » «C'était, dit Toullier, une violation du droit de propriété tout aussi manifeste que si l'on avait donné aux propriétaires fonciers la propriété des édifices et superfices qui appartenaient aux colons. [1] »

Les lois de 1790 et de l'an II elles-mêmes, pour autoriser le rachat, se basaient peut-être plutôt sur la perpétuité de la jouissance des détenteurs que sur la nature des droits réservés par les bailleurs.

Une réaction se produisit, et les avis du Conseil d'Etat du 4 thermidor an VIII et 23 messidor an XI, dont j'ai déjà parlé, décidèrent que, dans les baux à complant du département de la Loire-Inférieure, le rachat ne serait pas autorisé, et qu'il en serait de même dans tous les pays où les clauses des baux analogues à ceux des complants de la Loire-Inférieure indiqueraient la retenue de la propriété par les bailleurs.

M. Duranton avait vu dans ces décisions une dérogation aux principes de la législation antérieure. La raison de cette

[1] Vol. III, n° 103.

Digitized by Google

divergence, disait-il, doit sans doute se chercher *dans les époques.* [1].

M. Troplong n'admet point cette appréciation [2]. Cependant, je serais tenté de croire que M. Duranton était dans le vrai, et que les avis du Conseil d'Etat se sont éloignés de l'esprit et même de la lettre des lois de 1790 et de l'an II. Malgré cette observation, l'autorité législative de ces avis ne peut être contestée.

Il est aujourd'hui reconnu comme principe général par la doctrine et la jurisprudence que, dans les tenures même perpétuelles, le rachat n'est point autorisé, dès que la propriété a été retenue en entier par le bailleur [3]. Ce principe est du moins admis pour les tenures qui n'étaient pas expressément désignées par les lois de 1790 et de l'an II.

Il en est de même des rentes convenancières. En proposant à la séance du Conseil des Anciens, du 15 vendémiaire an VI, l'approbation de la résolution du Conseil des Cinq Cents du 17 thermidor an V, qui abrogeait la loi du 27 août 1792, le rapporteur de la commission disait, en parlant de ce qui s'était passé dans l'assemblée constituante : « Les domaniers, pour soutenir la prétention de devenir propriétaires incommutables, réclamaient le bénéfice du décret qui avait ordonné le rachat des rentes foncières. On leur répondit que la redevance du domaine congéable n'était que le prix d'un bail; qu'elle était d'ailleurs trop modique pour devenir la base d'évaluation du fonds. Ils offrirent alors de racheter à due estimation; mais c'eût été donner au fermier le droit de forcer le propriétaire à lui vendre. »

Arrivant ensuite à la loi du 27 août 1792, le Rapporteur ajoutait : « L'assemblée législative s'est méprise, en ce qu'elle a permis le rachat de la redevance produite par le domaine congéable. La loi de rachat, qui s'appliquait aux redevances nées du contrat féodal, parce qu'il contenait aliénation, ne

[1] Vol. IV, n° 88.

[2] *Louage*, n° 61.

[3] Duvergier, *Louage*, vol. I, n° 209; Championnière, *Traité des droits d'enregistrement*, vol. IV, n° 3062; Troplong, *loc. cit.*, n° 56; Instruction de la Régie de l'enregistrement du 5 pluviose an XI; cass., 11 août 1840; 30 mars 1842.

Digitized by Google

convenait pas au contrat du domaine congéable, puisque le preneur n'était que fermier du fonds. »

Enfin, en prononçant, d'après ces observations, l'abrogation de la loi du 27 avril 1792, la loi du 9 brumaire an VI fit marcher de front, dans son article 2, et la maintenue des propriétaires fonciers des domaines congéables *dans la propriété de leurs tenures*, et le renouvellement du décret de l'assemblée constituante, du 7 juin 1791, dont toutes les dispositions sont exclusives de la faculté de rachat des rentes convenancières.

Les explications qui précèdent préciseront sans doute, du moins je l'espère, le point de savoir pour quelles tenures le rachat est admissible, pour quelles tenures il ne l'est pas.

Dans les cas où il est autorisé, la loi de l'an VII et les articles 529 et 530 Code Napoléon ont supprimé l'affectation immobilière de l'immeuble. Ces dispositions ont permis au possesseur de se libérer de son obligation par le versement d'un capital dont les intérêts représenteraient les arrérages de la redevance en argent ou en fruits. Elles ont substitué au démembrement de la propriété *jus in re*, retenu par le bailleur, le droit à une somme d'argent *jus ad rem mobilem*, le seul qui appartienne aujourd'hui à ce dernier.

Ces propositions ont cependant été contestées, lorsqu'il s'agissait de percière et de terrage.

J'ai entendu soutenir que le bail à percière conservait au bailleur, sous la législation nouvelle, un droit de copropriété sur l'immeuble qui en faisait l'objet, un droit de cojouissance de cet immeuble. A la différence du bail à rente foncière, qui consiste dans une prestation fixe en argent ou denrées, et s'exécute annuellement par un simple payement, le bail à percière, disait-on, s'exécute annuellement par le travail obligatoire du preneur, par la surveillance intéressée du bailleur, par son ingérence dans l'exploitation, et par l'opération du partage des fruits; ce sont là, ajoutait-on, des faits multiples et apparents qui constituent, non pas un simple payement d'arrérages, mais bien une cojouissance de l'immeuble, et par conséquent un droit immobilier dans le domaine du bailleur. La nature de ce droit, poursuivait-on, n'a été modifiée ni par la loi de 1790, ni par la loi de l'an VII. Tant que le rachat n'a pas été fait conformément à l'ar-

Digitized by Google

ticle 10, titre 3, de la loi du 18 décembre 1790, tant que le droit à une part des fruits n'a pas été converti en une prestation fixe, la transformation implicite du droit du bailleur en une créance personnelle représentative du prix est matériellement impossible.

Je me suis toujours élevé avec toute l'énergie d'une profonde conviction contre cette doctrine. Je soutenais, et je maintiens encore que, si la loi de 1790 avait laissé aux rentes et redevances leur caractère immobilier, la loi de brumaire an VII leur avait enlevé ce caractère. J'invoquais à l'appui de mon opinion et le texte des articles 6 et 7, chapitre 2 de cette loi et un passage formel du premier rapport fait au Conseil des Cinq Cents, dans lequel on lit : « Les rentes foncières sont déclarées rachetables, et par là, elles sont parfaitement assimilées aux rentes constituées; elles doivent donc être soumises aux mêmes règles..... L'uniformité en législation est un très-grand bien; et le corps législatif ne doit jamais perdre l'occasion de l'établir. Il faut donc qu'il opte, et que les rentes soient meubles ou immeubles uniformément dans toute la République. L'hypothèque est un droit réel duquel dérive celui de suite de la chose qui en est grevée. Cette réalité, ce droit de suite sont inconciliables avec la faculté qu'a le débiteur d'une rente d'en opérer le rachat à chaque instant. C'est d'après ces motifs que votre commission s'est décidée à laisser aux rentes foncières et constituées la qualité de meubles qu'elles ont réellement, à les déclarer non susceptibles d'hypothèque. »

Le droit de percière, disais-je, a été assimilé à la rente foncière par la législation antérieure à la loi de l'an VII, et déclaré rachetable. A partir de cette dernière loi, et non pas seulement à dater de la promulgation des articles 529 et 530 du Code Napoléon, ce droit a entièrement perdu son caractère immobilier.

Le tribunal d'Issoire, dans un jugement du 9 mars 1864, qui se distingue par un grand luxe de motifs, et qui a été rendu sous la présidence d'un habile praticien, M. Triozon, consacra la thèse contraire. La Cour de Riom confirma cette décision par un arrêt du mois de mars 1865. Mais cet arrêt déféré à la Cour suprême fut cassé : « Vu les articles 6 et 7 de la loi du 11 brumaire an VII, 529 et 530 du Code Napoléon,

Digitized by Google

1341 et 1347 du même Code — attendu que les redevances de toute nature connues autrefois sous les noms de complant, terrage, champart et percières, ont été assimilées aux rentes foncières par les lois de 1790, 1792 et 1793 et déclarées rachetables; que, par les articles 6 et 7 de la loi du 11 brumaire an VII, ces rentes ont perdu leur caractère immobilier; que les mêmes principes ont été consacrés par les articles 529, 530 et 535 du Code Napoléon, sans distinction entre les rentes payables en argent ou en fruits [1]. »

Un arrêt très-longuement motivé de la Cour de Douai, du 11 mai 1852, rendu en matière de terrage, avait déjà eu le même sort que l'arrêt de la Cour de Riom. La Cour de Douai voyait aussi un droit immobilier, un droit de copropriété, de cojouissance dans le terrage qui, nous le savons, a la même nature que la percière; elle ne voulait pas non plus que la loi de l'an VII et les articles 529 et 530 du Code Napoléon eussent fait perdre au terrage le caractère qu'il avait dans l'ancien droit. La Cour régulatrice condamna ce système par un arrêt du 28 juin 1854.

Ce point de droit est intéressant, non-seulement pour les conséquences que l'on peut en tirer en matière de prescription et de preuve, mais encore au point de vue du sujet qui nous occupe, ainsi que je l'expliquerai plus loin.

III.

Serait-il utile, serait-il possible aujourd'hui d'introduire dans nos Codes quelques dispositions qui auraient pour but de dégrever entièrement la propriété foncière et d'affranchir complètement le sol, en distinguant entre les tenures qui résultaient de contrats emportant transmission de la propriété du bailleur au preneur, à la charge de payer à perpétuité des redevances annuelles, lesquelles ont été déclarées rachetables, et les tenures qui au lieu de transmettre la propriété au preneur, l'ont réservée au bailleur, et ne sont point rachetables?

Pourrait-on, pour les premières, en rendre le rachat obli-

[1] Arrêt du 27 janvier 1868. Trois autres arrêts ont été rendus par la Cour de cassation dans le même sens; ils sont rapportés dans le *Recueil* de Sirey-Devilleneuve, 1868, 1, 105.

Digitized by Google

gatoire? Cette mesure du rachat obligatoire pourrait-elle s'exécuter à l'aide d'une estimation amiable ou judiciaire et d'une sorte d'amortissement opéré au moyen de l'augmentation de la redevance, soit même à l'aide d'un partage ou d'un cantonnement?

Pourrait-on, pour les secondes, donner au bailleur, resté propriétaire, le droit de se rédimer, au moyen d'un rachat en argent?

A. — Voyons quels sont les motifs qui nécessiteraient cette mesure.

Voici les principales raisons que l'on peut invoquer :

Les lois révolutionnaires et les autres, dans le cas où la propriété est transmise au preneur, ont bien déclaré les redevances rachetables, mais le rachat n'est point pour lui obligatoire. Un assez grand nombre de redevances n'ont point été rachetées. D'après le système de la loi française sur les successions, les rentes se subdivisent à l'infini, et perdent presque toute leur valeur pour le crédi-rentier. Les familles, grâce au mouvement qui emporte notre société, s'éloignent du pays natal; cet éloignement rend pour elles le recouvrement des rentes en nature presque impossible. Les droits de ces crédi-rentiers s'éteignent souvent par la prescription.

Je veux d'abord apprécier, en peu de mots, ces motifs.

Est-il bien vrai que les redevances non rachetées soient aujourd'hui en aussi grand nombre que quelques personnes paraissent le supposer? Pour avoir cette opinion, il ne faudrait pas se rappeler avec quel empressement, avec quelle avidité tous ces rachats s'effectuèrent autrefois, alors surtout qu'ils s'opéraient avec des assignats à 96 p. 100 de perte, et que les *rembourseurs* pouvaient amortir le capital de la rente ou de la redevance par une demi-année environ de la rente même.

Sans doute, il existe encore dans quelques contrées des redevances non rachetées; mais c'est une exception. Dans toutes les autres régions, *le jubilé de la Révolution* à été très-complet.

Veut-on se préoccuper de la situation des crédi-rentiers, dont les droits s'amoindriraient par suite des partages ou même s'éteindraient par la prescription? Cette considération n'a pas une grande valeur à mes yeux, car tout cela est affaire d'intérêt privé. Si les propriétaires de rentes ou rede-

Digitized by Google

vances veulent empêcher l'amoindrissement résultant des partages, ils peuvent placer la rente en entier dans le lot de l'un des partageants. Quant aux inconvénients de la prescription, c'est aux propriétaires à les prévenir par la surveillance de leurs droits : *Vigilantibus jura subveniunt.*

Cette surveillance et le recouvrement des redevances ne sont pas d'ailleurs, dans la plupart des cas, aussi difficiles que l'on paraît le craindre : les familles qui, de nos jours, quittent le pays natal, ne sont pas celles qui y sont attachées par les liens puissants de la propriété; et presque tous ceux auxquels des redevances doivent être payées sont de riches propriétaires, dont ces redevances ne sont pas l'unique patrimoine. Lorsqu'ils ne résident par sur les lieux, ils ont ou doivent avoir des mandataires pour les représenter et surveiller leurs intérêts. Quant à ceux qui émigrent sans esprit de retour, ils aliénent presque toujours leurs propriétés, leurs rentes ou redevances, comme les autres.

Les considérations invoquées à l'appui d'une mesure dont je dirai tout à l'heure l'extrême gravité ne sont vraiment pas décisives.

Plaçons-nous à un autre point de vue pour apprécier son utilité.

Le but que l'on désirerait atteindre, ce serait l'affranchissement du sol, le dégrèvement de la propriété. Mais est-ce que ce but n'est pas atteint, du moins en ce qui touche les charges ou redevances rachetables, les seules dont je m'occupe en ce moment?

Je comprends que cette idée d'affranchissement ait pu naître dans l'esprit des anciens économistes et des législateurs, alors que les rentes et redevances foncières n'étaient pas rachetables. A cette époque, en effet, les fonds grevés de rentes de cette nature étaient pour ainsi dire hors du commerce; personne ne se souciait de les acheter, parce qu'on ne voulait pas se soumettre à des charges irrachetables, et dont on ne pouvait s'affranchir que par la voie si compliquée du déguerpissement. Ces rentes n'étaient point non plus purgées par les lettres de ratification, parce qu'elles étaient

[1] Voy. art. 7, édit. de 1771, et le *Commentaire* de Grenier sur cet article, n° XI, p. 119 et suiv., 2e édition.

Digitized by Google

des droits réels fonciers. Or, on ne pouvait pas forcer le propriétaire d'un droit de cette espèce à le dénaturer, en le réduisant en créance; on ne pouvait pas l'obliger à prendre de l'argent, c'est-à-dire à vendre son droit[1]. Mais aujourd'hui que les rentes et redevances foncières sont rachetables, comment le commerce des biens grevés de ces droits serait-il entravé? L'acheteur ne peut-il pas rembourser? ne peut-il pas faire disparaître à sa volonté la redevance qui le gêne? Les anciennes rentes foncières qui ont été mobilisées par la loi de l'an VII et par le Code Napoléon, et qui ne constituent plus que de simples créances mobilières, purement hypothécaires ou privilégiées sur l'immeuble, ne peuvent-elles pas être purgées par les tiers acquéreurs[1]? En quoi ces charges entravent-elles donc plus la transmission de la propriété que les autres charges hypothécaires? Existe-t-il un motif plus sérieux pour forcer les débiteurs de ces redevances à l'amortissement que pour contraindre les débiteurs des rentes constituées, par exemple, au remboursement? Je ne le crois pas.

Je n'ai parlé jusqu'à présent que des redevances rachetables; et nous avons vu qu'il y en a d'autres qui ne le sont pas. En quel nombre? On peut citer le bail à devoir, mais avec la limitation que j'ai indiquée, le bail à métairie perpétuelle, le bail héréditaire.

Je ne dis rien du domaine congéable, parce qu'il me semble que l'utilité de la faculté de rachat concédée aux bailleurs serait pour ainsi dire nulle en présence de la faculté essentielle de congément qui leur appartient.

C'est seulement dans quelques départements que les trois autres tenures précitées existent, et je pense qu'elles n'y sont pas très-nombreuses. La plupart de ces tenures, d'ailleurs, se sont perpétuées dans ces contrées, parce qu'elles étaient conformes à la nature du sol, aux besoins, aux usages et aux convenances des habitants. Presque toutes sont favorables à la bonne exploitation des fonds et aux intérêts des propriétaires. Il en est quelques-unes, telles que le bail à métairie perpétuelle et le bail héréditaire, qui se sont déjà éteintes; et il est

[1] Voy. notamment l'arrêt solennel de la Cour de cassation du 27 novembre 1835.

Digitized by Google

à présumer que ces deux tenures disparaîtront presque entièrement un jour par suite de l'extinction ou de l'émigration des familles tenancières, et du mouvement industriel de notre époque.

Tous ceux qui se sont occupés d'économie agricole savent que c'est seulement par des baux à longue durée que l'agriculture peut prospérer; or, cet avantage se rencontre certainement dans les tenures dont nous parlons.

Et puis, quel serait l'effet de leur suppression? Depuis plusieurs années des voix très-autorisées s'élèvent contre la dépopulation des campagnes, contre ce courant qui entraîne les habitants des villages vers les grands centres de l'industrie, contre les conséquences funestes qui en résultent au point de vue des intérêts de l'agriculture et de la morale. Ne serait-ce pas favoriser ce mouvement que de permettre aux propriétaires de briser les attaches qui retiennent encore de paisibles et honnêtes tenanciers, et leur famille, au sein du pays natal?

L'utilité du rachat, soit pour les redevances rachetables, soit pour les autres, serait donc, à mon sens, non-seulement assez restreinte, mais encore fort problématique.

B. — Maintenant demandons-nous quelle serait la légitimité de cette mesure.

Pour la réaliser, il ne faudrait rien moins que porter atteinte à des droits acquis. Dans le cas de redevances rachetables, en effet, le débiteur de la rente a la *faculté* de racheter, et le législateur lui en imposerait *l'obligation*. La loi intervertirait son titre; disons-le franchement, elle violerait son droit. Je sais bien que, dans le magnifique discours qui sert de préface au Code Napoléon, l'illustre Portalis disait : « Le pouvoir législatif est la toute-puissance humaine. La loi établit, conserve, change, modifie, perfectionne; elle détruit ce qui est; elle crée ce qui n'est pas encore. » Mais il ajoutait : « que deviendrait la liberté civile, si le citoyen pouvait craindre qu'après coup il serait exposé au danger d'être troublé dans ses droits acquis par une loi postérieure? » Or, la loi donne aujourd'hui au débi-rentier le droit de ne pas rembourser le capital de la rente ou redevance rachetable; une loi nouvelle ne pourrait l'y contraindre, sans porter atteinte

Digitized by Google

à ses droits, sans les renverser, sans les briser, sans faire échec à la liberté civile.

On dira peut-être qu'il ne s'agirait pas du remboursement d'un capital en argent, comme celui qui était prescrit d'une manière facultative par la loi du 18 décembre 1790 (art. 10, tit. III), mais seulement d'un amortissement, à l'aide d'une augmentation annuelle de la redevance, qui deviendrait ainsi temporaire.

Le résultat, au point de vue *du droit*, est selon moi le même. Ce serait toujours une *faculté* convertie en *obligation*.

On peut encore alléguer que l'obligation serait peu onéreuse pour le débiteur.

Cependant, que l'on veuille bien un instant considérer quelle pourrait être la situation d'un malheureux tenancier, auquel le rachat serait imposé, et que l'on obligerait à payer chaque année, par exemple, la moitié au lieu du tiers de la récolte. Sa libération serait peut-être, dans certains cas, plus facile que celle qui consisterait dans le versement immédiat d'un capital; mais pense-t-on que la loi qui ordonnerait l'amortissement des redevances n'apporterait pas souvent une grave perturbation dans ses intérêts? Dans les années d'abondance il lui serait sans doute assez commode de supporter l'augmentation imposée; mais, dans les mauvaises années, dans ces années où le cultivateur retire à peine de la culture de la terre un produit suffisant pour pourvoir à ses besoins et à ceux de sa famille, cette augmentation ne pourrait-elle pas avoir pour lui les conséquences les plus désastreuses? La portion de revenu qui lui eût peut-être suffi pour désintéresser un créancier rigoureux, il sera obligé de la livrer au crédi-rentier; et, privé de cette ressource, il se verra poursuivi, exproprié, ruiné. Voilà à quelles conséquences peut être exposé un pauvre cultivateur dont le droit n'aurait pas été respecté par la loi!

Mais alors, dira-t-on, si la voie de l'amortissement, outre les difficultés pratiques d'exécution qu'elle renferme, peut avoir de si graves inconvénients pour le débiteur de la redevance, ne pourrait-on pas dégrever à l'aide d'un partage?

Un partage me semblerait encore moins possible, au point de vue juridique, que l'amortissement. Le tenancier est *propriétaire* de l'immeuble; le crédi-rentier est *créancier* de la

Digitized by Google

redevance. Je crois avoir suffisamment établi qu'il n'est point co-propriétaire, même dans la percière ou le terrage. Or, comment comprendre un partage entre des personnes qui sont investies de droits d'une nature si différente?

Le cantonnement lui-même ne me semblerait pas plus praticable, du moins sans violer les principes essentiels *du droit*. Le cantonnement intervertit bien le titre. On a pu voir des exemples de cette interversion dans des cas où, par l'effet de ce mode, un démembrement de la propriété, qui s'exerçait sur un ensemble de biens, était changé en une propriété déterminée. Mais, dans ces cas, il y avait un démembrement, un *jus in re*.

Enfin, si l'on autorisait le bailleur à se rédimer en argent, lorsqu'il s'agit de redevances non rachetables, la violation du droit serait aussi certaine que celle qui résulterait du rachat obligatoire des redevances rachetables. Ce serait encore violer les conditions essentielles des contrats. Il est vrai que le rachat pourrait être facultatif de la part du bailleur. Mais alors on laisserait subsister, pour les tenures non rachetables, l'inconvénient que l'on prétend exister et que l'on voudrait absolument faire disparaître pour les redevances rachetables, en rendant le rachat obligatoire. Dans tous les cas, ce serait évidemment encore substituer un droit à un autre, obliger le preneur à recevoir un capital en argent, au lieu de continuer à percevoir chaque année une partie de la récolte en nature; ce serait, en un mot, autoriser le bailleur à enfreindre la loi du contrat, et dénaturer entièrement les droits.

Des lois de cette espèce peuvent, sinon se justifier, du moins s'expliquer, quand elles sont dictées par des raisons d'utilité générale, *de bien public*, et qu'elles sont rendues dans des temps où, en s'accomplissant, une révolution bouleverse le sol d'une nation. Mais elles se comprendraient moins facilement aujourd'hui, à une époque d'égalité civile, où le respect de la propriété est un principe inviolable et sacré, et sous un gouvernement qui s'est imposé la noble tâche de protéger tous les droits, tous les intérêts, les droits du faible comme ceux du fort, les intérêts des tenanciers comme les intérêts des grands propriétaires.

L'opinion que je viens d'exposer rencontrera peut-être des dissidences. Mais on me permettra de la conserver, tant qu'il

Digitized by Google

ne sera pas démontré que les principes sur lesquels ma conclusion repose ne sont pas les seuls que la conscience ou l'équité puissent reconnaître et proclamer, tant qu'il ne sera pas démontré qu'une autre opinion ne serait pas contraire à la loi des contrats, à la foi des traités, et au respect des droits acquis. H. F. RIVIÈRE.

DE LA SUCCESSION EN LIGNE DIRECTE

ET DU DROIT DE TESTER DEVANT LA TRADITION, LA MORALE ET L'ÉCONOMIE POLITIQUE,

Par M. ANCELOT, président de chambre à la Cour impériale de Riom.

PREMIER ARTICLE.

Il n'est aucun des lecteurs de la *Revue critique* qui n'ait suivi avec la plus sérieuse attention les graves controverses agitées tout récemment sur la meilleure combinaison à faire du droit d'hérédité et de la faculté testamentaire. Provoquées par le notable amendement de 56 députés au projet d'adresse de 1865 [1] elles se sont de plus en plus étendues dans le double champ de l'économie politique et de la philosophie du droit, gagnant d'ailleurs non-seulement en surface, mais en profondeur et en éclat. Ce n'est que justice de reconnaître, et nous le faisons avec un patriotique orgueil, que notre professorat juridique a puissamment remué et éclairé dans tous leurs replis ces vastes questions. — A Toulouse, c'est M. Bressolles présentant un riche et solide mémoire où il défend la réserve héréditaire contre les attaques de certains économistes. — A Grenoble, c'est M. Boissonade écrivant un autre mémoire qui a conquis une couronne de l'*Académie des sciences morales*. — A Paris, cest M. Batbie donnant, dans son cours d'économie politique une importante et brillante leçon sur *le droit de tester*. Aborder ces grands problèmes après de tels maîtres, n'est pas sans témérité, nous l'avouons tout d'abord et le sentons vivement. Toutefois, le sujet est si étendu, si multiple dans ses aspects, si intimement

[1] V. *Moniteur* du 6 avril 1865.

Digitized by Google

lié aux intérêts sociaux les plus élevés et, en même temps, les plus immédiats, qu'il n'est donné à personne de l'épuiser, et qu'au témoignage de la science peuvent utilement s'en ajouter d'autres. Rien n'est plus conforme d'ailleurs aux idées et aux procédés du temps. A côté des *enquêtes* officiellement accomplies comme celle des deux dernières années pour préparer la solution des grands problèmes législatifs, le champ est ouvert aussi à cette enquête privée où des hommes d'études de tout ordre, de tout milieu, de toute éducation intellectuelle, mais également dégagés de tout intérêt personnel, viennent tour à tour, devant les lecteurs studieux, déposer leur tribut de recherches et de lumières. Ainsi se fait dans les esprits sérieux une élaboration, latente qui peut, quand l'heure décisive est venue, fournir un puissant secours au bon sens public. Il ne faut pas, en effet, se le dissimuler, la grande question qui va nous occuper ne s'éteindra pas obscurément dans le silence de ses promoteurs ou dans l'indifférence publique. Nous vivons à une époque où les idées les plus hardies sont aussi les plus persistantes, assurées qu'elles sont de rallier beaucoup d'adeptes par le fait même de leur hardiesse. Plus donc de nouveaux débats sur le droit de tester sont inévitables, plus il importe de fortifier à l'envi les esprits flottants ou chancelants dans leur résistance indécise à de funestes entraînements. Le magistrat qui apporte ici son concours est loin de l'aveugle présomption d'espérer qu'il fera la lumière pour tous; mais il s'estimerait heureux s'il lui était donné seulement d'ajouter, si peu que ce fût, à la solidité des convictions qu'il partage.

En arrêtant au début notre pensée sur la succession en ligne directe et les réserves qui sont comme le nœud vital du droit d'hérédité, nous ne pouvons nous soustraire au pénible étonnement qu'exprimait, en 1848, un des plus éminents défendeurs de la *propriété* [1]. — Pourquoi donc faut-il que nous ayons à discuter pareilles thèses? Se peut-il que la famille soit impérieusement mise en demeure de justifier de ses titres à la transmission patrimoniale, même du père aux enfants? Il en est ainsi pourtant, il a fallu se demander si cette transmission reposait sur un principe *à priori* qui la

[1] M. Thiers.

Digitized by Google

rendît inviolable, ou si elle n'était qu'une œuvre contingente de la législation positive qui pourrait l'abolir comme elle l'avait constituée. Un déplorable malentendu a été légué sur ce point par le dernier siècle au nôtre qui l'a fidèlement recueilli et l'a fait trop abondamment fructifier. Ce nuage d'erreur se serait dissipé bien vite si des préoccupations systématiques avaient permis d'interroger la nature intime de l'homme. Du fond de son cœur et de sa raison aurait jailli une de ces réponses qui font rentrer les questions dans le néant.

Que si l'on avait fait appel aux traditions du genre humain, une grande voix s'en serait échappée pour proclamer la puissance instinctive du titre des enfants. Sans doute, on y aurait entendu des discordances nées des institutions politiques et de l'infériorité de la condition des femmes. Des privilèges de masculinité et de primogéniture auraient apparu. Mais (sans parler de l'exclusion absolue des enfants) la *possibilité* même de cette exclusion *ad nutum*, c'est ce qui ne se serait rencontré que chez un seul peuple et à son premier âge, dans une seule loi celle qui portait sur une de ses douze tables ces mots barbares : *Uti legassit ita jus esto.* Telle est pourtant la devise que, dans notre ère de civilisation tant célébrée, on voit en épigraphe d'écrits contemporains..... Phénomène étrange que des doctrines présentées comme la souveraine panacée du progrès au XIX^e^ siècle, reculent de plus de deux mille ans dans l'histoire pour y prendre leur formule ! Et dans quelle histoire ? dans cette *ætas ferrea* d'un peuple farouche qui ne connaissait que la force, où le père avait sur ses enfants droit de vie et de mort, où la mère était, comme eux, la sujette passive ou, pour mieux dire, la *chose* de son mari (*in manu viri*).. Ce serait donc en vain que le souffle spiritualiste de la philosophie stoïcienne aurait attendri la dureté du droit primitif, en vain que la lumière évangélique se serait levée sur la corruption du monde romain pour y purifier les lois comme toutes choses ! Appius Claudius est écouté de préférence à l'équité du préteur et des *prudents*, aux réformes chrétiennes de Constantin et Justinien! On se rappelle ici, malgré soi, cette aberration de certains érudits des derniers siècles qui, dans leur idolâtrie pour la jurisprudence classique, malmenaient si rudement l'empereur

Digitized by Google

du sixième siècle, pour avoir aboli l'*agnation* et relevé la femme abaissée.[1]. — Remarquons toutefois à l'honneur de la loi décemvirale, qu'elle admettait les filles au rang des *héritiers siens*, tandis que, de nos jours, on va, nous le verrons plus loin, jusqu'à proposer comme un principe leur exclusion de la succession ad intestat des parents.

En opposition à cet absolutisme du *moi* paternel, à cette glorification égoïste de la volonté du chef de la famille, nos pères avaient consacré cet admirable axiome : *Solus Deus hæredem facere potest, non homo*[2] et proclamé que la *qualité d'heritier est attachée au sang*[3]. Qu'est-ce, en effet, qu'un *héritier* dans toute l'énergie du terme et de l'idée? C'est, suivant la forte locution des jurisconsultes, un *continuateur* de la personne éteinte, un *alter ego* du mort, un maître (*herus* d'où *Heres*) qui prend la place d'un autre au foyer domestique par droit de naissance et de survie. Mais qu'est-ce donc quand cet héritier n'est plus seulement du sang du défunt par dérivation d'un aïeul commun, quand c'est ce sang même qui des veines de l'un a passé dans les veines de l'autre, quand, enfin, c'est un enfant qui succède? C'est ici qu'il faut plus profondément creuser le sujet en s'emparant des données du droit primitif et de nos traditions nationales. Quelle est au point de vue juridique la définition possible de ce droit sacré de l'enfant sur le patrimoine de ses auteurs? Est-ce une co-propriété passive durant leur vie et active après eux? Est-ce un simple titre alimentaire avec affectation *réelle*? Quelle est la racine, non pas historique seulement, mais vitale de la *saisine héréditaire!* Questions attachantes pour le jurisconsulte philosophe, naguère purement spéculatives, et aujourd'hui d'un intérêt pratique.

Chacun se rappelle les textes notables des institutes de Gaïus et de Justinien qui disent des *héritiers siens* qu'ils sont ainsi appelés *quia domestici hæredes sunt, et vivo patre quodammodo domini existimantur*, et que : *Statim a morte parentis quasi continuatur dominium*[4]; ce qui fait qu'ils se *succèdent en*

[1] V. M. Troplong, *Influence du christianisme sur le droit civil des Romains*, p. 356 et suiv.

[2] V. *Institutes coutumières* de Loysel.

[3] Delaurière sur Paris, tit. XV, art. 1.

[4] *De hered. et qualit. et differ.*, § 2. — *De hered. quæ ab intestat.*, § 3.—

Digitized by Google

quelque sorte à eux-mêmes, expliquent les commentateurs. Nous ne savons si l'on a bien remarqué le contraste de cette notion avec cette autre : *Qui in potestate nostra est, nihil suum habere potest* (Gaïus, *Comm.*, II, § 87). Ainsi ce même fils qui ne peut rien avoir *en propre*, lui possédé par son père à l'instar d'une chose, est cependant réputé *copropriétaire* avec lui des biens de la famille; par suite, il est héritier *nécessaire*, soit *ab intestat*, soit *testamentaire*. Comment s'expliquer cette coexistence en lui d'une absorption complète par la toute-puissance paternelle, et du partage d'un de ses premiers attributs, si ce n'est par l'impression d'une vérité d'instinct que le jaloux rigorisme du vieux droit quiritaire n'avait pu étouffer? C'est cette vérité qui rayonne dans les beaux textes de Papinien et de Paul au Digeste : *Liberos naturæ simul et parentium commune votum* (Vocat [1]).— *Ratio naturalis quasi lex quædam tacita, liberis parentium hereditatem addicis, velut ad debitam successionem eos vocando* [2].

Si nous remontons à la législation grecque, nous y voyons une étroite solidarité de famille engendrer, parmi ses autres effets remarquables, l'appel des fils à titre d'héritiers *nécessaires* qui ne peuvent être exhérédés sans juste cause, ni répudier la succession [3]. Là donc pas de maxime : *uti legassit, ita jus esto*. La copropriété implicite des fils bien plus effective qu'à Rome, ne peut perdre sa vertu devant une disposition testamentaire.

Gravissons encore l'échelle des temps jusqu'à la législation de ce pays où les orientalistes placent la Souche-mère des races et des langues de l'Europe. Une surprenante affinité avec le droit grec et romain s'y rencontre, sauf une affirmation plus ferme encore du titre filial. Si le père peut disposer librement des *meubles*, il ne peut *sans le consentement* de ses fils, aliéner les immeubles qu'enveloppe une copropriété non pas seulement fictive comme chez les Romains (*quodammodo*), mais réelle et pratique [4]. Peu importe le

Rapp., Dig., L. 11, *De lib. et post.* — L. 1, § 12, *De success.* — 14, *De suis et legit. heredibus.*

[1] *Si tabulæ testamenti nullæ* L. 7, § 1.

[2] *De bonis damnatorum*, L. 7, pr.

[3] Esbach, *Introduction à l'étude du droit.*

[4] V. Esbach, *id.* : *Législation des Hindous.*

Digitized by Google

double mobile de cette investiture inviolable : à savoir le payement des dettes paternelles et surtout la garantie des devoirs funèbres et du culte privé semblable au *Sacra Gentis* de la famille romaine; car cette pieuse destination n'est autre chose qu'un effet et une sanction de la *tradition* domestique qui découle elle-même de la communauté du sang et de la vie, suivant cette forte parole de la Genèse (XV, § 4) : *Qui egredieturex utero tuo, ipsum habebis hæredem.* Saint-Paul dit aussi, en l'appliquant à l'ordre spirituel : *Si autem filii, et heredes*[1]. Il identifie ainsi les deux qualités. — Ces simples citations prises aux deux termes extrêmes de l'histoire sacrée, nous dispensent d'en grouper d'autres pour établir, ou plutôt pour rappeler, que, chez les Hébreux, les fils étaient héritiers-nés, sauf la prérogative d'aînesse, mais sans exhérédation possible. Toutefois, la vocation des filles à la succession était rejetée au second rang. C'était là un privilége de masculinité qui dérivait, comme dans la plupart des législations primitives, de la prépondérance du sexe fort au détriment des droits du sang.

Si l'on sort du monde ancien pour scruter nos origines et interroger les races nouvelles, on voit le *condominium* ou copropriété de la famille germanique, transporté par la conquête au nord de la Gaule romaine, où il rencontrera plus tard l'appui des traditions celtiques qui affectaient le patrimoine à la famille, et ont laissé leur empreinte la plus marquée dans nos coutumes de l'ouest et du sud-ouest[2]. On disait : *Gignuntur hæredes in Gallia et non scribuntur*[3] : parole énergique qui répond à celle de la Genèse. — Quant aux tribus barbares fixées sur notre sol, nul n'ignore que le testament leur était inconnu (*nullum testamentum* dit *Tacite*), et qu'elles l'apprirent au contact des vaincus sous l'influence des lois romaines et de l'Église. Mais la préiminence demeura toujours aux droits du sang, suivant les anciennes mœurs. La famille tudesque formait un corps compacte par l'union solidaire de toutes ses branches dans la guerre, dans les assemblées du peuple, dans les querelles, et les vengeances.

[1] Ep., *ad Romanos*, VIII-17.
[2] V. Laferrière, *Histoire du droit français*, VI, 335.
[3] *Symmaque épist.*, I, 15.

Digitized by Google

De là naturellement une sorte de droit anticipé de l'héritier présomptif sur le patrimoine. Bien plus, on remarque dans la loi des Burgondes une simple attribution au père de sa part individuelle dans la fortune domestique et la dévolution aux enfants des autres parts. Mais, abstraction faite de cette singularité, il est d'ordre normal que les héritiers présomptifs *autorisent* par leur intervention ou *ratifient* toute disposition, soit commutative, soit libérale. Inutile d'en accumuler les preuves faciles à réunir[1]. Au reste, ce fait d'histoire juridique a été récemment énoncé comme indubitable par un savant aggrégé de la Faculté de Paris[2] en ce qui regarde *le concours des descendants à toute aliénation définitive des biens patrimoniaux*. Il s'agit ici, notons-le, d'un concours *exigé* par certaines *lois ou coutumes*, et nullement de ces confirmations obtenues au moyen-âge, soit dans les actes mêmes, soit plus tard, des héritiers dont on voulait ainsi conjurer les tentatives déloyales de reprise après la mort du donateur, en achetant, s'il le fallait, leur adhésion.

Enfin, telle était la ténacité de ce principe du condominium germanique ou *indo-germanique* (comme on le qualifie parfois) que le regretté Klimrath nous signale dans ses *Études sur les coutumes* (chap. II, § IV, *Des successions*), plusieurs de ces coutumes, relativement modernes par leur date de rédaction, qui exigent encore le *consentement de l'héritier apparent*, même pour *vendre* et *hypothéquer* les immeubles *propres*. Le *retrait lignager* n'était pas autre chose, Klimrath le dit plus loin, qu'un diminutif de cette restriction traditionnelle du droit de propriété patrimoniale, ou, si l'on veut, le correctif de la libre disposition par vente des biens reçus des aïeux et pieusement conservés par la famille.

De la même source germanique procède une autre institution bien plus remarquable encore, et toujours vivante dans notre droit actuel. On a déjà nommé la *saisine héréditaire* que nous considérerons uniquement dans la succession directe, qui est l'objet même de ce travail. Il n'y a pas du reste à nous opposer que le *condominium* et la *saisine* débordent cet objet par la généralité même de leur influence, et

[1] V. *La féodalité*, par M. d'Espinay, p. 301.
[2] M. Albert Desjardins, *Revue critique*, septembre-octobre 1868.

Digitized by Google

qu'ainsi nous n'avons rien à en conclure de spécial en faveur du droit des enfants, puisque c'étaient là des attributs communs à tous les membres de la famille gallo-franque. Ce que nous poursuivons, en effet, dans ces origines lointaines, c'est l'inspiration, spontanée dans sa rudesse, de ce sentiment de famille aujourd'hui mis en péril par nos mœurs d'abord, puis par des conceptions utilitaires qui entraînent à démentir tout le passé du genre humain. Il faut donc que ce passé vienne se raconter lui-même et nous dire la génération du présent qui est à défendre. Or, s'il nous montre le lien de parenté d'autant plus puissant chez tous les peuples, et, en particulier chez nos pères, que l'on se rapproche de leur berceau, ne sera-ce pas la révélation patente d'une des lois morales les plus impérieuses de notre nature? Et si la parenté collatérale a vu se restreindre ses droits successoraux par l'effet même du relâchement de la vie *collective* qui les avait fait naître, est-ce à dire que la même altération puisse atteindre les droits et les devoirs d'une société domestique indestructible, celle des parents et des enfants?...

Demandons-nous donc quel est le sens intime de cette *saisine* qui, dans les législations modernes, tient au foyer domestique la place de la succession *nécessaire* de l'héritier *sien*. Bien plus grande encore est son énergie, bien plus relevé est son principe inspirateur. Il faut à l'*hæres suus* un acte matériel d'*appréhension* de l'hérédité jusques-là flottante. L'enfant investi par la *saisine*, l'est, à son insu même, par la force virtuelle de la nature et de la loi. Pas de chaîne artificielle dont un nouvel anneau soit à souder; c'est le sang qui a tout uni d'avance. La pureté du spiritualisme a remplacé la grossièreté du symbole. *Le mort saisit le vif sans aucune appréhension de fait*, ont dit nos pères avec une profondeur d'expression qu'*aucun autre style n'a égalé*, suivant le procureur général Dupin. Mais n'est-ce là qu'un stratagème ingénieux des légistes pour déjouer la fiscalité féodale avide de *droits de relief et de saisine?*... On présente souvent ainsi la naissance du fameux adage; c'est la rapetisser singulièrement au grand dommage de la vérité historique et philosophique. S'il n'y avait là qu'une ruse de procureur, le dédain de Cujas pour cette maxime qu'il traitait de *vox de via collecta* serait justifié, et Tiraqueau aurait bien vainement enflé sa voix pour la

Digitized by Google

proclamer la *coutume du monde*. Mais ses racines sont tout autrement profondes. Là où Pithou et Cujas n'avaient vu qu'une fausse interprétation des lois romaines, et de Laurière une simple *utilité*[1], la science moderne, pénétrant davantage dans nos antiquités nationales, a saisi une émanation directe de la co-propriété et de la solidarité germaniques, et la philosophie sociale y découvre sans peine le *dictamen* d'un droit naturel imparfaitement dégagé par la théorie romaine de l'*héritier sien et nécessaire*. — Au premier point de vue les témoignages historiques ont été savamment réunis et lumineusement ordonnés par M. d'Espinay[2]. Tout d'abord une distinction est à faire entre les *alleux*, ou terres de tout temps patrimoniales, et les tenures concédées, à savoir ; les *fiefs*, les *censives* et les *main-mortes*. Pour les alleux, saisine procédant sans efforts du *condominium* primitif. — Pour les autres terres, conflit laborieux entre ce principe d'indépendance et la règle, historiquement justifiable, de l'investiture féodale; tantôt dans les plus anciens coutumiers, la première de ces forces l'emportant sur la seconde, tantôt le résultat inverse; toutefois la succession roturière affranchie dès le XIII siècle, surtout en *ligne directe*, et dévolue *sans parler au seigneur*, dit Beaumanoir, c'est-à-dire sans aucun *ensaisinement;* mais la succession féodale, assez tôt rédimée du droit de relief en ligne directe, y demeurant longtemps asservie en ligne collatérale, de telle sorte qu'elle ne fut jamais complétement libre du joug seigneurial pendant toute la durée du moyen âge. Voilà dans ses traits dominants la haute doctrine de ce droit coutumier appelé par Guy-Coquille *notre vrai droit national français*. C'est ainsi qu'il maintient pour les alleux, et rétablit graduellement pour les biens placés sous la main des seigneurs, la noble application du *condominium primitif* de la famille *barbare*, en cela si supérieure à la famille de l'ancienne Rome. Faut-il cependant s'arrêter sèchement à cette tradition des races conquérantes, sans en sonder la source intime et sans tenir compte du souffle chrétien qui l'a vivifiée? C'est ici notre second point de vue, celui de la philosophie sociale. Or quels étaient les sentiments qui

[1] Sur Loysel, *Institutes coutum. — De successions et hoiries.*
[2] *Féodalité*, p. 210 et 273.

Digitized by Google

animaient à ce sujet les pères de notre droit? Écoutons M. Laferrière [1],

« Le bon sens (ajoutons : le cœur) de Jean des Mares et du « Châtelet avait protesté contre la négation des droits du « fils relativement à la succession de son père : il était re- « connu que *le fils* du vassal décédé, non saisi à l'égard du « seigneur, l'était *au regard des autres;* et le droit exceptionnel « ou *haineux*, selon l'énergique expression de Boutilier, céda « bientôt dans les usages de Paris au *droit naturel et civil* de « transmission héréditaire. »

Que dit, de son côté, l'auteur du *Grand Coutumier?* Après avoir rappelé qu'en matière de fiefs, « la saisine n'ira jamais « à l'héritier par la mort de son prédécesseur tant seule- « ment, » il soulage, pour ainsi dire, son âme en ajoutant :

« Mais l'on peut bien dire que le *droit lui compète par la « mort.* » Ce qui réduit, comme le fait remarquer M. Laferrière, l'hommage féodal à *une sorte d'adition d'hérédité*, c'est-à-dire à une formalité secondaire qui recouvre, sans la dominer, l'investiture *à priori* donnée par le sang. Et telle était la puissance de cette investiture que le défunt *était réputé avoir remis en mourant la possession de ses biens entre les mains* de son héritier, *et non entre les mains d'aucune autre personne parce que, parmi nous, institution d'héritier n'a pas de lien... Et de là est venue notre règle : le mort saisit le vif.* C'est ainsi que le savant et judicieux de Laurière [2] explique la génération du célèbre principe. Il le rattache directement à la grande maxime : *Solus Deus hæredem facere potest, non homo*, et, par cela même, il l'élève de toute la hauteur de l'idée chrétienne au-dessus d'un mesquin expédient pour échapper au fisc. Il parle, il est vrai, plus loin, d'*utilité;* mais quelle était elle?... de repousser *le droit odieux*, dit-il, du seigneur : odieux, et non pas seulement onéreux, parce que le *dessaisissement* fictif *des biens du* défunt entre les mains du seigneur, était un outrage à la nature. Il faut reconnaître avec regret que Pothier, si supérieur comme analyste, est bien au-dessous de ces vues élevées et si simples pourtant. Au lieu de montrer la fiction dans le dessaisissement aux mains du seigneur, il la place

[1] *Histoire du droit français*, VI, 389. Rapp. M. d'Espinay, p. 261, *loc. cit.*
[2] Sur Loysel, *ubi suprà.*

Digitized by Google

dans cette admirable règle : *le mort saisit le vif.* C'est pour lui « une pure fiction de la loi *commentum nostri juris civilis :* « le mort est *censé saisir* ainsi son héritier, quoiqu'il n'ait et n'ait pu avoir aucune volonté de le faire. » S'arrêtant à l'écorce où à la lettre au lieu de percer jusqu'à l'esprit, il ne pouvait se rendre compte, au point de vue étroitement juridique, d'une *mise en possession du vif* par le mort, *au dernier instant de sa vie*, et même *quoiqu'il ait eu une volonté contraire.* Rien de plus *contraire*, suivant lui, *aux idées naturelles, la possession étant une chose de fait*, et ce pendant il avait, sans y prendre garde, effleuré la solution quand, signalant le cas où le juge *a cassé* une exhérédation injuste, il disait : « Le père ne laissera « pas d'être censé avoir saisi son fils de ses *droits et biens*, « quoiqu'il ait eu une volonté contraire, puisque sa volonté « était de l'en dépouiller. *La loi fait* pour lui, en ce cas, « malgré lui, ce qu'il *aurait dû faire. Calumniantis iniquitates* « *expellit.* » Oui, voilà bien le sublime office de la loi civile : imposer ce qui doit être fait, ou plutôt empêcher ce qui heurte les premiers fondements de la loi naturelle ; ramener de force à la droite voie les volontés dévoyées, briser, par exemple, une exhérédation impie née de la colère ou de l'orgueil, et, pour revenir à notre sujet, consacrer (mais non créer) la dévolution spontanée *des droits et des biens* du père et de la mère à leurs enfants. C'est ce que les *Établissements de saint Louis* avaient merveilleusement condensé dans une de ces vives formules dont nos aïeux avaient le secret en leur naïf mais mâle langage. Ils ne disent pas, comme le droit romain, que « l'héritier doit *être mis* en possession, mais, ce qui est bien différent : « Droit dit que hoir *doit être* en posses- « sion. » Quelle possession? Non pas celle de *fait* évidemment qui préoccupe Pothier, mais celle de *droit* qui engendrera l'autre qu'elle comprend virtuellement. Or, cette *possession de droit*, elle n'est pas au futur, dans la législation du saint roi ; elle est au présent *actuelle*, immédiate, instantanée, ou, mieux encore, *identique* à la précédente, celle du *de cujus.* C'est la même qui demeure avec le sang du propriétaire mort. Il n'y a plus, comme en droit romain, ce fantôme de l'hérédité *quæ sustinet personam defuncti* dans l'attente de l'*appréhension* matérielle. Il y a un maître vivant qui continue le maître défunt par la force même de son droit

Digitized by Google

personnel. C'est désormais sans restriction que *statim a morte parentis quasi continuatur dominium*[1]. Si nous passons, par-dessus plusieurs siècles, de saint Louis à Louis XIV, nous trouvons enseignée à plusieurs reprises dans les *Lois civiles* de Domat, justement appelées la *Préface* des nôtres, cette notion du *condominium* implicite des enfants avec les parents. Elle ne pouvait manquer au jurisconsulte philosophe qui, de la nature intime de l'homme, remontait jusqu'à la sagesse infinie pour y puiser humblement les *premiers principes* des lois humaines, et nous les présenter magnifiquement ordonnées dans le plan providentiel. A côté ou plutôt au-dessus de la limpide analyse du professeur d'Orléans, le modeste et grand magistrat de Clermont traçait la synthèse du droit civil et public, comme pour achever, au terme de l'ancien régime, la préparation d'un nouveau Code. Bien d'autres faces de notre étude seront éclairées par sa vive lumière. En ce moment, nous l'interrogeons uniquement sur les droits des enfants à l'héritage de leurs auteurs. Voici ses réponses en deux passages :

« Un des principaux effets de cette liaison et de ces de-
« voirs (entre enfants et parents) est l'usage réciproque que
« la nature donne aux enfants des biens de leurs parents, et
« aux parents de ceux de leurs enfants *en les leur rendant*
« *comme communs*. Ce qui a fait que les lois des Romains,
« avant même qu'ils connussent la religion, considéraient
« les biens des parents comme propres à leurs parents[2].

« Les enfants et autres descendants sont considérés comme
« en *quelque façon maîtres des* biens de leur père ou mère,
« aïeul ou aïeule et autres ascendants, *même avant leur*
« *mort;* et quand elle arrive, ce n'est pas tant une succes-
« sion acquise aux enfants qu'une *continuation du droit qu'ils*
« *avaient déjà*, avec cette différence entre ce droit et l'héré-
« dité qu'au lieu que pendant la vie de l'ascendant à qui ils
« succèdent, ils avaient *comme en part des biens avec lui*, et
« que sa possession les leur conservait, ils ont eux seuls le
« droit entier aux biens après cette mort[3]. »

[1] V. ce texte *suprà*.
[2] *Lois civiles*, partie deuxième : *Des successions*, préface, § IV.
[3] *Ibid.*, L. II, section II, § 13.

Digitized by Google

Le jurisconsulte moderne ne fait ici que développer les textes si expressifs des Institutes et du Digeste cités plus haut par nous. Il indique ailleurs [1], mais sans s'y arrêter suffisamment, quelle est en France la vertu spéciale de la *saisine*, et de l'attribution *du nom d'héritier* au *seul héritier du sang*. C'est ainsi, chose frappante, que la même conception morale et juridique se manifeste, avec des aspects divers, et dans la famille si durement assujettie de l'ancienne Rome, et dans la fédération domestique de la Germanie, barbare encore, et en pleine civilisation chrétienne! N'y aurait-il donc là qu'une éternelle méprise? On le soutient de nos jours avec cette audace dans le paradoxe qui est le propre de notre époque. Le droit des enfants à l'héritage paternel est résolûment nié par quelques esprits distingués (nous ne parlons que de ceux-là). D'autres, exempts de la même passsion pour la liberté absolue du droit de tester, répudient cependant l'idée de la copropriété latente entre les parents et les enfants. Ils n'y voient qu'un débris caduc des âges passés, de ces temps de conservation comme un dépôt sacré des biens transmis par les ancêtres. Elle leur paraît inconciliable avec la théorie actuelle sur la constitution économique de la propriété créée par le travail accumulé. On invoque encore la sollicitude de nos lois et de nos mœurs pour *la libre circulation des biens* qui présuppose pour chacun le plein droit de maîtrise et de disposition des siens, sauf pourtant les *réserves* de certains héritiers. Mais il y a là, ce nous semble, un malentendu. S'agit-il donc pour les jurisconsultes romains ou français d'une copropriété *effective* engendrant indivision? Les formules des uns et des autres (V. *supra*) n'expriment-elles pas assez clairement qu'il est question d'un principe abstrait de copropriété *implicite et virtuelle* d'une *quasi-communauté*, dit M. Troplong [2], qui rend seulement les enfants *quodammodo domini*, et les biens *comme communs* entre eux et leurs parents sans que ceux-ci soient dépouillés des attributs du domaine privé? C'est uniquement la consécration dans l'ordre successoral de droits et de devoirs cimentés par le sang, c'est

[1] Préface ci-dessus, § 7.

[2] *Donat. et testaments*, I, p. 32. — V. aussi M. Lair (Acad. de Toulouse 1865, p. 211).

Digitized by Google

l'expression juridique du fidéicommis tacite qui attache inséparablement les biens aux personnes dans le mouvement des générations. Et ici, l'horizon va s'élargir et, nous l'espérons, s'éclairer davantage encore. — Jusqu'à ce point, en effet, nous avons surtout fait parler cette *omnium gentium consensio* si justement présentée par l'éloquent auteur des *Tusculanes*, comme la *loi* même *de la nature*. Mais ce n'est pas assez de nos jours que cet infaillible oracle. Il lui faut traverser l'épreuve de la discussion sans limites. Le fait universel éclate à tous les yeux. Mais quelle est sa raison efficiente? Quel est son titre à la libre adhésion de l'esprit? Question que nous n'aurions certes pas abordée si elle était demeurée dans les vagues régions de la métaphysique sociale, et si plus d'un juriste et d'un économiste contemporains ne l'avaient agitée. Ils se sont demandé quel est le premier principe de la succession directe. Est-ce uniquement un droit *alimentaire* de l'enfant contre les auteurs de ses jours? Ce droit lui-même est-il absolu dans sa durée? Suffit-il à légitimer la dévolution du patrimoine ou, du moins, l'inviolabilité d'une *réserve* héréditaire? Cette réserve n'a-t-elle pas un plus large fondement, comme aussi une destination plus haute et plus durable? Touchons rapidement ces divers points.

Ils nous rappellent inévitablement cette proposition à bon droit dite *impie* par M. Troplong, qu'un grand génie, cédant, malgré sa puissance, à la légèreté sensualiste et sophistique du temps, eut le malheur d'écrire au dernier siècle : « La loi « naturelle ordonne aux parents de nourrir leurs enfants, « mais elle ne les oblige pas de les faire *héritiers*[1]..... Il est « vrai que l'ordre politique ou civil demande souvent que les « enfants succèdent aux pères, mais il ne l'exige pas tou- « jours. » Doctrine issue de la même idée fausse qui faisait voir à l'illustre penseur, dans la propriété, *un don*, ou une *acquisition* venant *des lois civiles*, et dans le testament une création, soit du *droit public*, comme chez les Romains, soit du *droit privé* chez la plupart des autres peuples[2]. Mais tel est l'empire du vrai sur une âme pure, que Montesquieu trai-

[1] *Esprit des lois*, L. XXVI, ch. 6.
[2] *Ibid.*, ch. 15, et L. XXVII, ch. 1.

Digitized by Google

tant, quelques pages plus loin, de la loi Voconienne, laissait échapper de son cœur ce démenti expressif à lui même : « C'est un malheur de la condition humaine que les législa- « teurs soient obligés de faire des lois qui combattent les « sentiments naturels mêmes : telle fut la loi Voconienne... « La loi méprisait dans le testateur les sentiments de la na- « ture; elle méprisait dans la fille la piété filiale, etc. » Ici, ce n'était plus le philosophe systématique (nous n'osons dire le sophiste) qui parlait : c'était l'homme et le père. Il ne s'agissait pas cependant, dans la loi Voconienne, de cette *nourriture*, mot aussi grossier que la thèse, qui rappelait ce *jus naturale* des Romains *quod natura omnia animalia docuit* [1], mais précisément des successions opulentes interdites aux femmes romaines. — Qui ne sait la fortune au dernier siècle et jusqu'à notre temps, de ces glorifications de l'omnipotence sociale créant tout à son gré sur un terrain net au sortir du prétendu *état de nature?* Le nom de Rousseau se présente ici de lui-même. Mirabeau se fit l'éclatant écho de ces rêveries dans son fameux discours d'outre-tombe *sur l'égalité des partages en ligne directe.* Le sage Tronchet leur sacrifia aussi. L'*Esprit des lois* et le *Contrat social*, ces deux livres si loin l'un de l'autre pourtant, remplissaient alors presque toutes les têtes de la Constituante. Mais, quant à Tronchet, une importante réserve est à faire à l égard de la question même qui nous occupe. C'est à tort que plusieurs jurisconsultes lui ont attribué la négation du droit de succession *à priori*, soit devant la Constituante, soit dans les discussions préparatoires des lois nouvelles : il l'a constamment soutenu de sa plus franche adhésion. Il disait, par exemple, au Conseil d'État : « La loi « naturelle veut que celui qui a donné la vie à un enfant lui « *laisse ses biens* [2], » et ajoutait que la faculté de tester est une *dérogation* « au droit naturel, » en vue de l'*intérêt public.* Portalis, tout en se montrant beaucoup plus favorable à la magistrature du père, ne définissait pas autrement son devoir en justifiant la *réserve* des enfants par l'*obligation de pourvoir à leur établissement* [3]. Mais la mauvaise semence jetée dans les

[1] Institut., liv. I, tit. II.

[2] Locré, XI, p. 83. Plusieurs écrivains se sont mépris en présentant comme dites par Tronchet les paroles de Maleville, rapportées p. 150.

[3] Locré, *ubi suprà*, p. 165.

Digitized by Google

esprits par Montesquieu, n'en a pas moins étendu ses ravages. Toutefois, jusqu'à nos jours, ce n'était guère là qu'une matière à spéculations inoffensives. C'est sous les influences dont nous parlerons bientôt que la controverse s'est renforcée d'aspirations à la mise en pratique de ces contre-vérités. Pour introniser le droit de tester sans limites, il fallait bien immoler ce qu'on appelle le *droit à l'héritage*. Alors on s'est emparé avec bonheur de la proposition du grand publiciste sur le simple *droit alimentaire*, pour en presser les conséquences. Mais il est des esprits pleins de respect pour le titre des enfants, et partisans déclarés de la restriction du droit de tester des parents, qui ont fait reposer la *réserve* sur le pivot du droit alimentaire. Est-il assez large et résistant pour en porter le poids? Il est vrai que l'on prend le mot *aliments*, à ce point de vue, dans sa plus compréhensive acception, c'est-à-dire comme embrassant l'*éducation* et l'établissement, et se projetant même sur les générations suivantes [1] par la perpétuité d'un subside. Toutefois, cette formule analytique ne nous semble pas écarter tout danger d'affaiblissement du principe de l'inviolabilité du droit de l'enfant. Elle éveille l'idée d'un *besoin* plus ou moins variable à satisfaire plutôt que celle d'une indissoluble affectation.

Aussi son éminent auteur, glissant, qu'il nous permette de le dire, sur la pente de cette tendance, admet-il « qu'au « point de vue du droit naturel, on pourrait refuser la ré« serve comme les aliments aux enfants *riches*, et que c'est « uniquement à cause des difficultés pratiques que cette dis« tinction doit être rejetée. » N'est-ce pas ouvrir la voie aux *utilitaires* absolus qui voudront restreindre le droit aux *aliments* dans le sens le plus étroit, et le limiter dans sa durée à la minorité de l'enfant? Pour nous donc, il faut s'élever à une notion plus haute et plus indépendante du fait matériel, notion qui nous donnera la raison intime de cette quasi-communauté du patrimoine entre le père et les enfants dont nous avons retracé plus haut la tradition. — Qu'est-ce, en effet, que la famille dans sa réalité la plus positive et la plus élevée tout ensemble? C'est une société naturelle ayant son chef et ses sujets, ne vivant pas seulement pour le présent,

[1] V. M. Batbie sur la *liberté de tester* (*Revue critique*, juin 1867).

Digitized by Google

mais pour l'avenir, s'enlaçant par des nœuds féconds à d'autres sociétés élémentaires, suscitant ainsi de nouveaux rejetons qui étendront, agrandiront, perpétueront sa vie; se faisant, sous l'impulsion des premiers besoins qui déterminent l'effort, sa part de ressources matérielles; conservant et accroissant cette part qui devient un patrimoine; bien plus, prenant sa place et son rôle dans la société générale, fondant des traditions qui la dirigent, la fortifient et l'honorent, marchant ainsi avec les forces accumulées d'un long passé vers des fins appropriées à chacun de ses membres. On se rappelle ici la belle image du poëte latin : *Vitai lampada tradunt* [1]. Mais ces *fins* veulent des *moyens* correspondants; mais ce flambeau veut un point d'appui. En d'autres termes plus spéciaux à la question, il faut que la famille, être successif et indéfini dans sa durée, garde sa dotation matérielle, fruit des labeurs de ses devanciers, instrument de son propre travail, support de sa destinée sociale. Le bon sens le proclame en même temps que l'instinct de la nature le commande. Sans doute, les revers de la fortune, la mauvaise gestion, du chef de la famille, peuvent entamer, détruire même cette dotation patrimoniale. Sans doute aussi, les libéralités de ce chef devront être respectées par les enfants dans de justes limites. Mais, hors de ces limites, il a cessé d'être libre. Près de lui, par lui, mais non pour lui, une existence a surgi qui continuera la sienne et les précédentes. C'est pour elle que les aïeux ont acquis, épargné, transmis pieusement; C'est aussi pour celles qui lui succèderont. Bien plus, les produits mêmes de l'activité du père, une fois condensés en capital, seront-ils donc chose étrangère à ses enfants? Pour qui donc les a-t-il ainsi soustraits à ses propres jouissances, à ses passions, à ses caprices? Serait-ce pour qu'un dernier caprice ou un entraînement déréglé, soit d'affection, soit de bienfaisance, les enlevât d'un seul coup à sa succession future? Ne disons donc pas qu'il aura assez fait pour les êtres nés de lui en les nourrissant, en les élevant, en leur donnant une profession lucrative. L'éducation, l'instruction, la profession pourraient être stérilisées par des causes fatales. Ne le fussent-elles pas, elles seraient, du moins, réduites à

[1] Lucrèce, *De rerum naturâ*, II, v. 78.

Digitized by Google

leurs propres forces et appauvries dans leur action, faute d'un premier subside pour attendre le succès. — Ne nous contentons même pas de dire que la dévolution d'un capital inviolable représente le *droit aux aliments* dans sa plus large portée, C'est abaisser, du moins dans les termes, et compromettre l'autorité d'un principe sacré. Ce qu'il faut affirmer bien haut et sans ambages, c'est que le père doit à ses enfants un *établissement*[1] qui maintienne leur rang natif dans l'échelle sociale. Or, ce maintien commande impérieusement la transmission d'un avoir. Laissons à l'écart les jeux du sort et les facultés transcendantes qui font quelquefois monter un privilégié du néant au faîte de la fortune et des honneurs. C'est sur les conditions ordinaires que doit se fixer le regard du législateur. Et d'ailleurs, au-dessus de la contingence des faits planent ces *rapports nécessaires des choses* que Montesquieu avait si bien perçus dans leur ensemble avec le calme du génie, et que l'influence contemporaine lui a si tristement fait méconnaître en matière de succession. — Plaçons-nous, au contraire, en plein dix-septième siècle alors que l'esprit français était encore si sain, si avide du vrai, si fortement chrétien, et nous entendrons l'auteur du *Traité des lois*, l'ami de Pascal, enseigner dans le style des *Pensées*, comme un axiôme, ce que l'on met en problème autour de nous.

« Le premier de ces trois ordres, qui appelle les enfants « à la succession des parents est tout *naturel*, comme une suite « de l'ordre divin, qui donne la vie aux hommes par la nais- « sance qu'ils tiennent de leurs parents. Car comme la vie est « un don qui rend nécessaire l'usage des biens corporels, et « que Dieu les donne par un second bienfait qui est une suite « du premier, il est naturel *que les biens étant un accessoire de « la vie*, ceux des parents passent aux enfants comme un « bienfait qui doive suivre celui de la vie. Et cette règle « qui est également de la loi divine et des lois humaines, « est *si juste et si naturelle*, qu'elle est *gravée dans le fond de « tous les esprits*[2]. » Comment donc, dans notre temps où l'on est si avide de scruter toutes choses jusqu'à leurs

[1] C'est l'expression même de Portalis invoqué cependant comme favorable à la liberté testamentaire. V. Locré, XI, p. 165.

[2] *Des lois civiles* (*des successions*), préface IV.

Digitized by Google

racines, tant d'esprits ont-ils cessé de lire *au fond* d'eux-mêmes? Nous le rechercherons plus tard. — Ce n'est pas autrement que la jurisprudence romaine avait prononcé bien avant son ère philosophique, et sous la seule impulsion des mœurs adoucies, en face de cette *patria potestas* trait si particulier du peuple-roi. Elle ne se bornait pas à dire : *necare videtur qui alimonia denegat*[1]. Les centumvirs brisaient comme une œuvre insensée (*non sanæ mentis*) le testament qui, *non ex officio pietatis conscriptum*, exhérédait l'enfant[2]. Oui, pour ces fiers souverains de la famille si jaloux cependant du droit de tester, il y avait un devoir de *piété* domestique à laisser une part héréditaire à leurs enfants. *Pie relinqui debet*, a écrit Papinien dans un admirable texte [3] qu'il était réservé à l'économie politique de dédaigner aujourd'hui après dix-sept siècles de christianisme. Telle a toujours été l'évidence intuitive de la vérité sur ce point, que nous voyons, dans le traité du rhéteur romain, un fils réclamer son droit successoral en vertu du droit des gens, c'est-à-dire du droit *universel* (*communem omnum legem*). Ce fils dit, tout *rusticus* qu'il est supposé : « *Pater intestatus duos nos filios reliquit : partem jure « Gentium peto* [4]. » C'est le cri de la nature, c'est l'oracle de la conscience humaine.

Concluons donc que ce droit successoral n'est pas seulement *alimentaire* dans sa portée, qu'il relève d'un plus haut et plus large principe : l'affectation surbordonnée du patrimoine à la vie perpétuelle de la famille, comme moyen nécessaire et dépendance inséparable. De cette idée mère a procédé celle d'une *copropriété* virtuelle entre les parents et les enfants, comme aussi celle d'une sorte de *propriété collective* de tous les membres de la famille, ainsi que la qualifiait l'un des orateurs dans la discussion du 6 avril 1865 sur la proposition des 56 députés. Mais ce sont là des déductions qu'il importe de soigneusement limiter à leur véritable sens plus moral que juridique, pour écarter tout danger d'application. C'est au principe générateur qu'il faut étroitement et,

[1] L. 4, *De agnoscendis et alendis liberis*, Dig.
[2] Paul, *Sentences*, IV, tit. V.
[3] L. 15, *De inoff. testam.* Dig.
[4] Quintilien, *Institut. orat.*, L. VII, ch. 1.

Digitized by Google

en toute sûreté, s'attacher au milieu du tourbillon des idées novatrices.

Aujourd'hui, en effet, après six mille ans d'expériences sociales en tous pays et sous toutes les formes, au foyer de la civilisation la plus savante, nous avons vu se produire une négation résolue de ce qu'on appelle le *droit à l'héritage*, et l'affirmation conséquente de la *liberté illimitée du droit de tester*. On proclame que le propriétaire est investi d'une *fonction* conservatrice et productive dans l'intérêt public; que cette fonction emporte une disposition absolue de l'instrument producteur, c'est-à-dire des biens; qu'elle exige une aptitude qui n'existe pas à *priori* chez les enfants et peut leur manquer, d'où il suit qu'ils n'ont aucun titre absolu pour succéder à la fonction; que le père de famille doit uniquement la nourriture à l'enfant *prodigue* ou *incapable*, et cela dans le *seul intérêt* de la société pour qu'elle n'ait pas à en supporter la charge; « qu'il doit, au besoin, transmettre sa « propriété à un citoyen honnête et laborieux plutôt qu'à un « fils vicieux et indolent; qu'il y aura toujours plus de fils in- « dolents ou insoumis que de pères malveillants »; qu'il faut laisser aux *mœurs et à l'opinion* le soin de contrôler les actes de la vie privée, et de flétrir le père injuste ou égaré par ses passions. On rétrograde donc au nom du progrès (comme nous l'avons dit plus haut) jusqu'à la dure loi décemvirale: *uti legassit, ita jus esto*. A cette prémisse se rattache tout un système de reconstitution terrienne et industrielle: on exhume pour le faire entrer non pas dans nos lois mais dans nos mœurs, de plus en plus démocratiques, ce *droit d'aînesse* que la chambre aristocratique repoussait en 1826. Les substitutions à deux degrés (et même *perpétuelles* parmi les paysans) sont préconisées en souvenir de notre passé et à l'exemple d'institutions contemporaines, alors qu'une loi récente[1] a fait rentrer ce mode de disposition dans les limites du Code, et que la pratique révèle combien peu, même dans cette mesure restreinte, il en est fait usage[2]. — Ce n'est pas tout: la restriction ou même la suppression du droit héréditaire des femmes est recommandée comme utile, tous les biens devant être

[1] Loi du 11 mai 1849.

[2] V. *Revue critique* de mai 1867, p. 435 (article de M. Duverger).

Digitized by Google

concentrés aux mains des fils ou plutôt du fils élu héritier par le père. On nous promet à ce prix la restauration morale de la famille et de la société, un développement actif de la population presque stationnaire aujourd'hui, l'accroissement énorme de notre puissance agricole et industrielle, en un mot, une régénération complète. Chose surprenante et bien contraire à notre esprit de réglementation écrite, ce n'est point en légiférant qu'on se flatte de tout réformer, c'est, à l'inverse, en rompant les chaînes légales qui entravent chez nous la liberté du chef de la famille, en implantant sur la vieillé souche des races latines asservies au formalisme, l'indépendance et l'initiative individuelles de la race anglo-saxonne. Au lieu d'un nouveau code, on nous présente des conceptions systématiques qui auront la vertu de tout transformer dans notre vie publique et privée, en créant des mœurs nouvelles. Une telle confiance est un phénomène moral qui provoque à en rechercher les causes.

On trouve la première et la plus efficiente dans cette orgueilleuse pensée de nombre d'esprits de nos jours, que le monde moral ouvre, à l'égal du monde physique, un champ sans limites à l'expérimentation et aux découvertes. On aspire à y transporter les merveilles de l'ordre matériel accomplies sous nos yeux. Nous pourrions citer aisément des penseurs pour lesquels la philosophie, le droit naturel et la politique datent d'hier seulement. Ils s'écrieraient volontiers comme Képler après la conquête de ses fameuses lois sidérales :

« J'écris ce livre; qu'il soit lu par mes contemporains ou « la postérité, n'importe; il peut bien attendre un lecteur « pendant un siècle, puisque Dieu lui-même a bien attendu « six mille ans avant de trouver un contemplateur tel que « moi. »

La prétention et l'illusion de nos régénérateurs consistent d'ordinaire à traiter les personnes comme des molécules sociales que l'on peut combiner à son gré, ou encore comme des quantités passives qui doivent entrer docilement en facteurs dans l'équation du bonheur public. C'est le procédé du calcul introduit dans les sciences morales. Par une contradiction singulière, en même temps que l'initiative individuelle est exaltée à l'envi comme un ressort qui manque à la société française, tandis que d'autre part on entend dé-

Digitized by Google

plorer tous les jours la tendance actuelle à l'*individualisme* si funeste, nombre d'esprits poursuivent plus que jamais avec confiance leurs projets de classification symétrique des intérêts les plus divergents. Il semble que l'on puisse, à son gré, disposer des sentiments et des volontés, même en leur imposant l'abnégation. C'est ainsi qu'on attend de la liberté absolue du père de famille dans la disposition de ses biens, non-seulement la restauration de l'autorité paternelle, mais encore l'harmonie hiérarchique entre les enfants. Il y aurait parmi eux un *héritier associé* choisi par le père comme le plus digne et le plus apte, qui lui succèderait dans le gouvernement domestique, recueillerait tous les biens de la maison, garderait au foyer les frères et sœurs qui, préférant y rester, deviendraient ses auxiliaires, marierait les autres filles en leur donnant pour toute dot un trousseau, ouvrirait une carrière aux autres garçons, le tout pour la plus grande félicité de chacun. Ici, du moins, la conception est relevée par un sentiment profond des devoirs réciproques de famille qui sont plutôt transformés dans leur accomplissement que détruits. Mais il est des systèmes où l'on pose en principe que le *père ne doit rien à ses enfants adultes, et que corrélativement, l'enfant adulte est libre et n'est attaché par aucun lien.* Le but avoué est de substituer à la *famille-caste* ou collective qui a existé jusqu'ici mais qui a trop duré, estime-t-on, l'indépendance des *forces individuelles*, soit de son chef, soit de ses membres.

Devant de telles perspectives, on se demande tout d'abord avec trouble comment elles ont pu fasciner des intelligences d'élite et des cœurs droits. Mais on se rappelle bien vite ce que peut sur les meilleurs esprits une préoccupation absorbante. Or, il en est deux qui les ont entraînés aux conclusions extrêmes que nous venons d'analyser. L'une est pardessus tout *économique*, l'autre avant tout *morale* et même religieuse. Nous examinerons et discuterons dans la suite de ce travail, les arguments invoqués à ces deux points de vue. Mais, avant d'étudier dans ses fins et ses effets la liberté testamentaire, il convient de la scruter dans son principe même.

On a, en effet, la prétention de justifier *à priori* cette omnipotence du père de famille en la déduisant de sa qualité de

Digitized by Google

propriétaire. Citons quelques lignes où cette conséquence est résolûment tirée : « L'héritage est la fortune des parents, « le *bien d'autrui* ; si on admet le droit des enfants à l'héri- « tage, pour être conséquent, il faudrait décréter que le père « de famille n'aura pas le *droit de se ruiner*... Si le proprié- « taire a le droit de *détruire* sa chose, à plus forte raison, il « a le droit de la donner... S'il a le droit de la donner de « son vivant, il a, par les mêmes raisons, le droit de la don- « ner au moment de sa mort, c'est-à-dire de la léguer[1]. » M. de Veauce a dit, d'autre part, à la tribune législative : « Le père et le mère *ont le droit d'user et d'abuser.* Ils peuvent « se *ruiner* entièrement[2]. » Il y a ici deux erreurs énormes, l'une sur le sens juridique des mots *jus abutendi* qui expriment le plus large attribut du domaine privé, l'autre sur le fond des choses. Quant à la première, elle est hors de doute pour les commentateurs du droit romain qui expliquent que l'expression *abuti* emporte l'*idée d'un usage qui détruisait, qui consommait la chose, et non l'idée d'un usage immodéré*[3]. — Quant au fond des choses, que dire de l'étrange argumentation qui prétend tenir en échec les titres les plus sacrés des enfants avec le *droit de se ruiner* du père? Comme si les devoirs d'une personne pouvaient jamais être anéantis par un droit opposé ! Cela revient à nier le devoir même, et c'est précisément ce que l'on veut faire dans cette question. Mais il est facile de déjouer un sophisme qui n'a que trop réussi. Il suffit pour cela de rendre sensible l'accord parfait de la libre propriété du père avec ses obligations naturelles et légales envers ses enfants. On oppose d'abord le *droit de détruire* comme un attribut inviolable du domaine privé. C'est argumenter de l'imbécillité ou de la violence sauvage. Sans doute, on peut faire son propre mal, et c'est un droit dont on n'use que trop. Mais le peut-on sans frein aucun quand on fait, en même temps, celui d'autrui? Or, détruire une chose utile de quelque importance, sans profit pour soi-même, c'est attenter à l'ordre social, au patrimoine de l'hu-

[1] *Avenir commercial* des 25 et 30 avril 1865.

[2] *Moniteur* du 21 janvier 1864. Il cite Boulay de la Meurthe en ce sens.

[3] V. notamment M. Ortolan, *Explication historique des Institutes*, L. II, titre I.

Digitized by Google

manité en l'appauvrissant, c'est un acte méchant, s'il n'est stupide. Qu'est-ce donc quand il atteint le sort des êtres qui vous doivent la vie, et à qui vous devez apparemment quelque chose? Alors les législateurs interviennent et disent comme le préteur romain dans sa formule si connue : « Quo- « niam tua bona nequitia tua disperdis, *liberos* que tuos ad « *egestatem* perducis. » On interdit le destructeur, ou bien on lui impose un conseil. — Mais s'il n'est qu'un dissipateur, n'est-il pas dans son *droit de se ruiner?* Rien de plus choquant qu'une telle alliance de mots dissonants. Autant vaudrait parler du *droit de se suicider.* Ce qu'il faudrait dire c'est que le propriétaire a le *pouvoir* de se ruiner en administrant mal, en sacrifiant à la passion, en donnant sans mesure. Mais n'y avait-il donc pas à distinguer entre ces diverses causes? S'il y a eu mauvaise gestion, aliénations irréfléchies, point de réparation possible hors les cas de fraude de la part des tiers. Des droits sont nés au profit de ceux-ci d'agissements *commutatifs* : ils restent inviolables, sauf à *prévenir* de nouveaux désastres par l'imposition d'un conseil judiciaire quand il y a *faiblesse d'esprit* ou *prodigalité.* La loi française après et avec bien d'autres, n'a pas craint d'aller jusques-là dans l'intérêt non pas seulement des enfants, mais de simples parents, et elle a sagement fait. — Mais au lieu d'actes à titre onéreux, s'agit-il de libéralités?... Elles n'ont fait naître aucun droit commutatif, et ne seront maintenues que si elles ne blessent points d'autres droits préexistants. Or, *nemo liberalis nisi liberatus.* Si donc les enfants sont, suivant la forte expression d'Ozanam, *créanciers* de leurs parents, non-seulement à titre alimentaire (comme tous sont bien forcés de l'admettre au moins jusqu'à l'âge adulte), mais encore à titre de *réserve* suivant la loi de nature qui a inspiré les lois écrites, comment s'étonner que cette *créance* la plus impérieuse de toutes, prévale dans le règlement de la succession sur les donations ou les legs qui l'ont méconnue? Le père infidèle à ses premiers devoirs qui pèsent, après lui, sur son hérédité, est-il donc ainsi violenté dans son droit de propriétaire? N'a-t-il pas pu librement gérer, aliéner ses biens même à *fonds perdu,* en jouir avec excès dans son égoïsme au détriment des enfants? Faut-il donc, pour la plénitude de ce droit, en faire nécessairement une idole inflexible à laquelle il

Digitized by Google

puisse immoler la destinée de ceux qu'il aurait tirés du néant pour les vouer à la souffrance? Quels sont donc les droits qui n'aient pas à compter avec le devoir, soit envers la société, soit envers la famille? N'est-on pas assuré d'aboutir à l'absurde ou à l'odieux en raisonnant à outrance sur quoi que ce soit? C'est ainsi qu'au gré de certains esprits qui transportent la géométrie dans l'ordre moral, on ne saurait justifier logiquement *la fondation par la loi d'une pension alimentaire au profit des ascendants*, à la différence des descendants[1]. Le prince des jurisconsultes romains n'imaginait certes pas violer la logique quand il écrivait cet éloquent *proemium*[2]:

« Nam et si parentibus non debetur filiorum hereditas,
« propter votum parentium et naturalem erga filios carita-
« tem, turbato tamen ordine mortalitatis, *non minus* paren-
« tibus quam liberis pie relinqui debet. »

Le prince des jurisconsultes français ne croyait pas être seulement *sentimental* quand il inscrivait dans son *Traité des lois*, parmi les premiers *engagements* humains, ceux qui procèdent du *mariage et de la naissance*, et mettait au nombre des *matières de la police* sociale, *l'injustice des parents ou des enfants qui se refusent les aliments*[3]. Qui dit injustice, dit infraction à un devoir absolu, c'est-à-dire à un de ces *rapports nécessaires des choses* ou des personnes, qui relèvent apparemment de la plus haute logique comme, par exemple, l'équité (æquitas) qui se confond avec l'*égalité* (æqualitas), dans sa substance et dans son nom. Et, en effet, si le rapport de *cause à effet* impose aux père et mère une dette envers leurs enfants, comment le rapport de l'*effet à la cause*, c'est-à-dire de l'inférieur au supérieur, n'en imposerait-il aucune en sens opposé? — Concluons donc que le droit de propriété, qui est un principe, doit et peut, sans éprouver aucune atteinte, s'harmoniser avec cet autre principe qui fonde le droit des enfants sur le patrimoine *laissé* par les parents. Le désaccord n'existe que pour ceux qui, faute de s'élever assez haut, ne voient qu'une seule face du vaste système des droits et des devoirs.

[1] *Académie de législation de Toulouse*, t. XIV, p. 211.
[2] L. 15, Dig., *De inoff. testam.*
[3] Domat., *Traité des Lois*, ch. III.

Digitized by Google

L'objection juridique ou plutôt métaphysique écartée, nous pouvons aborder de front la thèse de la liberté de disposition du père de famille. A. ANCELOT.

(*La suite à une autre livraison.*)

RÉVISION DE LA LÉGISLATION SUR LES ÉTRANGERS,

Par M. PRÉVOST (de Brebières), docteur en droit.

Le Gouvernement s'occupe en ce moment de réviser la législation sur les étrangers. L'initiative de cette œuvre appartient à M. des Rotours, député du Nord [1], qui, depuis un certain nombre d'années, n'a cessé de demander que l'on fît participer aux charges militaires, les étrangers fixés en France depuis plusieurs générations. C'est l'intime corrélation qui existe entre le service militaire et la qualité de Français, qui a mis le gouvernement dans la nécessité, pour faire droit aux légitimes et incessantes réclamations de l'honorable député, d'entreprendre la modification de nos lois concernant les moyens d'acquérir la nationalité française.

Nous ignorons quelle doit être l'étendue de cette modification; mais nos observations tendent à établir la nécessité d'une révision intégrale de ce point de notre législation.

Après avoir présenté, d'abord, l'abrégé de nos lois en cette matière, nous montrerons successivement leur injustice envers nos nationaux, leur danger pour l'ordre public, la nécessité de les transporter du droit privé dans le droit des gens, et enfin l'opportunité de déterminer les nationalités par l'*incolat*.

§ 1er. — *Exposé sommaire des lois actuelles.*

Nos lois divisent les étrangers en deux classes : ceux *nés hors de France*, et ceux *nés en France*.

Les premiers ne peuvent devenir Français, que par le secours de la naturalisation. En dehors de là, quelle que soit la durée de leur séjour en France, eussent-ils même perdu, en

[1] Le département du Nord contient à lui seul plus de 130,000 Belges.

Digitized by Google

vertu des lois de leur pays d'origine, leur nationalité primitive, ils demeurent *non Français*.

Quant aux seconds, la loi leur permet de devenir Français, sans le secours de la naturalisation : tantôt à l'aide d'une simple déclaration, tantôt même sans aucune déclaration. Sous ce rapport en effet, les étrangers dont nous parlons, se divisent à leur tour en deux catégories distinctes, selon qu'ils sont établis en France depuis une ou plusieurs générations. A leur égard, on tient compte non-seulement du fait de la naissance sur le sol français, mais encore de la répétition de ce fait.

Cette subdivision n'existe d'ailleurs que depuis 1851. Auparavant, tous étrangers *nés en France* étaient uniformément régis par l'article 9 du code civil, qui, on le sait, impose, pour devenir Français, la double condition de faire une déclaration, dans l'année qui suit la majorité, et de se fixer en France.

La loi de 1851 ne laisse subsister la condition qu'en ce qui concerne la première génération d'étrangers nés sur notre sol ; elle la supprime au contraire en faveur de ceux établis en France depuis plusieurs générations. Toutefois, pour ne pas contraindre ces derniers à être Français contre leur gré, elle les autorise à revendiquer la qualité d'étranger, par une déclaration inverse, faite dans ladite année.

Ainsi tandis qu'à la première génération, la déclaration est nécessaire pour devenir Français ; aux générations suivantes, elle n'est au contraire nécessaire que pour ne pas le devenir !

Telle est aujourd'hui la conséquence du fait de la naissance en France, relativement aux personnes d'origine étrangère. Cette conséquence se rattache à un double ordre d'idées : d'une part, on regarde la qualité de Français, comme un avantage, comme un bienfait, et le fait de la naissance sur notre sol, comme un privilége pour l'obtenir ; — d'autre part, on estime qu'il serait indigne de la France, d'imposer à qui que ce soit, une nationalité dont il ne voudrait pas, et on laisse aux prescriptions de la loi un caractère facultatif.

En ce qui concerne les personnes issues de sang français, la loi les déclare toutes françaises, de plein droit, alors même qu'elles sont nées en pays étrangers.

Digitized by Google

Quant à la perte de la qualité de Français, elle a lieu pour plusieurs raisons, et notamment par la naturalisation acquise en pays étranger, et par l'établissement à l'étranger, sans esprit de retour.

Ici nous ferons remarquer que les dispositions de nos lois qui sont facultatives lorsqu'il s'agit d'acquérir la qualité de Français, deviennent impératives quand il s'agit de la perdre... Un étranger peut refuser la qualité de Français, tout en continuant à demeurer en France; un Français ne peut échapper à la perte de sa nationalité, sans quitter l'étranger.

§ 2. — *Injustice de cette législation envers nos nationaux.*

Le principal danger de la législation actuelle, est dans la faculté laissée aux étrangers établis en France, et à leur descendance, d'accepter la qualité de Français ou de la refuser, au gré de leur intérêt. Ils profitent de cette situation pour échapper au service militaire, et alors même que dans leur pays d'origine ils ont perdu, par suite de leur émigration, leur nationalité primitive, en France, ils continuent à se dire étrangers, pour échapper à la loi française.

« Beaucoup d'étrangers, dit M. Demolombe [1], s'établissent « parmi nous, grâce à la douceur de notre climat, de nos « mœurs, de nos lois les plus hospitalières et les plus libé- « rales peut-être envers les étrangers; ils jouissent sur notre « sol à peu près des mêmes avantages et des mêmes droits « que les Français..... Mais viennent les charges ! vienne « l'obligation du jury et du service militaire ! Oh ! alors ils « sont étrangers ! ils revendiquent leur extranéité ! et c'est « ainsi que tous les ans, en France, sept ou huit cents jeunes « gens au moins échappent à cet impôt qu'on a appelé l'impôt « du sang ! et cette situation inique devient elle-même pour « eux un avantage ou plutôt un privilége, car ils sont préférés « aux nationaux dans les manufactures; et même, dans les « familles, les meilleurs mariages sont pour eux ! précisément « parce que leur exemption du service militaire assure leur « position et leur avenir... »

Dès 1851 un seul département, celui du Nord, contenait 77,000 étrangers, et leur nombre augmentait de jour en jour,

[1] Demolombe, *Droit civil*, liv. I, tit. I, chap. I.

Digitized by Google

tant par suite de la multiplication de la population étrangère déjà existante, que par suite de l'arrivée de nouveaux venus, attirés par le développement de nos industries et par l'exécution de nos grands travaux.

Appelé à porter remède à cet état de choses, le législateur de 1851, s'imaginant que c'était non par calcul, mais par indifférence, que les populations étrangères, fixées en France, s'abstenaient de faire la déclaration exigée par le Code, pour devenir Français, se borna, comme nous l'avons vu plus haut, à supprimer, pour la seconde génération, la nécessité de cette déclaration, mais en leur laissant la liberté de revendiquer la qualité d'étranger, par une déclaration inverse.

Aussi la loi de 1851 a-t-elle été tout à fait inefficace. Les statistiques sont là pour l'attester... En 1866, sur 473 fils d'étrangers tombant sous l'application de la loi de 1851, 92 seulement se sont abstenus de revendiquer la qualité d'étrangers, et, sur ces 92 individus acceptant de devenir Français, 63 agissaient ainsi, soit parce qu'ils avaient tiré un bon numéro, soit parce qu'ils avaient des causes de dispense ou d'exemption. Quant aux 29 restants, il est vraisemblable qu'ils avaient, soit pour accepter le service militaire, soit pour se faire exonérer, des raisons majeures, autres que le simple ennui de faire la déclaration exigée par la loi de 1851.

La loi de 1851 n'a donc produit aucun résultat et en réalité nous en sommes encore sur ce point à la législation du Code. Cependant, combien de choses changées depuis lors ! l'industrie développée, le commerce étendu, les chemins de fer, le télégraphe, la condition meilleure faite aux étrangers en France...! Tous ces changements n'ont-ils pas, comme le disait M. des Rotours au Corps législatif, modifié les bases du problème et nécessité une solution nouvelle?

« Cette situation, disait l'honorable député du Nord[1], se « comprenait au moment de la promulgation du Code. A ce « moment l'étranger établi en France formait une très-rare « exception... D'un autre côté, comme à cette époque, la « condition des étrangers en France, était tout à fait « précaire et abaissée relativement à celle de nos natio- « naux, il eût été injuste de les assujettir aux charges d'une

[1] Séance du 20 mars 1869.

Digitized by Google

« société dont ils n'étaient pas admis à partager les bénéfices. « Cette condition abaissée avait en outre cet effet de les pous- « ser énergiquement à user le plus tôt possible, des moyens « que leur offrait la loi de devenir Français.

« Enfin, comme la législation antérieure avait rendu Fran- « çais tous les individus nés en France, ce n'était qu'au bout « de vingt ans, que la législation nouvelle devait produire son « effet, au point de vue du recrutement; c'est-à-dire lorsque « les individus nés depuis la législation nouvelle auraient at- « teint l'âge de la conscription. C'est ce qui explique que ce « ne fut que vers 1831, que les plaintes des populations com- « mencèrent à signaler les dangers de la législation nouvelle.

« Aujourd'hui la situation est parfaitement changée. Par « l'effet de la création des chemins de fer, de la suppres- « sion des passe-ports..., la population étrangère est deve- « nue nombreuse. Elle dépasse 130,000 âmes dans un seul « de nos départements.... Au point de vue des droits « civils, la condition des étrangers s'est successivement « élevée au niveau de celle de nos nationaux. La loi de 1819 « a supprimé la plus grave incapacité qui existait entre eux, « c'est-à-dire, l'incapacité de disposer ou recevoir par dona- « tion ou par testament. La contrainte par corps qui sévis- « sait contre eux d'une façon spécialement rigoureuse, a « également disparu. Des étrangers se trouvent donc aujour- « d'hui placés sur le pied d'égalité relativement à nos na- « tionaux; et il n'y a plus aujourd'hui que le droit d'élec- « teur ou d'éligible qui leur fasse défaut. On ne s'explique « plus aujourd'hui, que participant à tous les avantages de « la Société française, ils soient exempts de ses charges : « malades, ils sont reçus par nos hôpitaux; indigents, ils « sont secourus par nos bureaux de bienfaisance. Leurs en- « fants sont gratuitement reçus dans nos écoles, dans nos « salles d'asile, au même titre que les enfants de nos na- « tionaux.....

« D'un autre côté, les lois nouvelles sur la naturalisation, « en rendant plus facile le moyen d'acquérir en tout temps « la qualité de Français, ont détourné les étrangers nés en « France, d'user de la faculté qui leur était offerte de deve- « nir Français, en satisfaisant à la loi du recrutement..... »

Qu'est-il nécessaire d'insister plus longtemps pour mon-

Digitized by Google

trer combien il est urgent de détruire cette choquante injustice qui permet à une foule d'étrangers résidant en France de père en fils, de se soustraire à la loi du recrutement, et laisse à nos nationaux de vieille date la charge de remplir seuls les contingents !

§ 3. — *Danger de cette législation pour l'ordre public.*

La faculté de se fixer à perpétuité dans un pays, sans vouloir en accepter la nationalité, alors surtout qu'on a perdu sa nationalité d'origine, n'est pas seulement une injustice pour les habitants du pays que l'on vient habiter, c'est encore un très-grand danger pour l'ordre public. L'ordre public n'est-il pas en effet gravement compromis, lorsqu'il est permis à des individus, de se jouer des lois de tous les pays; de se dire Français, à l'étranger, et étrangers en France; en un mot de se constituer, au point de vue de la nationalité, dans un état perpétuel de vagabondage? et lorsque, dans une question comme celle de la détérmination de nationalité, on s'en remet au caprice ou à l'intérêt de chacun?

Sans doute, pour déterminer la nationalité, il n'est pas inutile de tenir compte de la déclaration des individus, mais seulement quand leur déclaration concorde avec leurs actes... Sans doute, l'on peut croire l'individu qui, s'étant fixé en France, déclare qu'il y demeurera à perpétuité; mais non celui qui, disant sans cesse qu'il va partir, continue de demeurer... Pourquoi la loi ne fixe-t-elle pas plutôt un *maximum* de séjour en France, durant lequel, l'étranger, même sans rien dire, serait présumé dans l'intention de partir, et, passé lequel, s'il persistait à résider en France, encore qu'il prétendît avoir conservé l'esprit de retour, il ne serait plus cru ! alors si, avant l'expiration du délai *maximum*, il manifestait solennellement son intention de demeurer en France à perpétuité, sa déclaration pourrait être prise en considération et servir à abréger le temps *maximum* fixé pour la perte de l'esprit de retour ! La déclaration conforme aux faits, on peut en effet l'admettre, car elle profite à l'ordre public, en faisant cesser plus tôt la situation anormale résultant du séjour d'étrangers dans le pays; mais la déclaration contraire aux faits doit être rejetée comme dangereuse pour

Digitized by Google

l'ordre public, car elle prolongerait à l'infini cette situation anormale.

Un individu naît en France, ses parents y sont nés et y ont habité, lui-même atteint sa majorité sans connaître d'autre pays, et continue à y demeurer sans songer à revoir la terre de ses ancêtres, cet individu n'est-il pas Français, autant qu'on peut l'être? Eh bien! si pour échapper aux devoirs de sa nouvelle qualité, il vient affirmer le contraire, ses actes ne démentent-ils pas ses paroles, et n'est-on pas en droit de lui dire qu'il se trompe?

S'il suffisait d'une parole pour échapper au service militaire, combien ne verrait-on pas de Français d'origine, aliéner, à leur tour, tous leurs droits politiques, contre les 2,500 francs que va leur coûter l'exonération?

Loin de moi l'idée de contraindre qui que ce soit à devenir Français contre son gré! Mais au moins que quiconque refuse le nom de Français, quitte la France! qu'il ne lui soit permis d'y séjourner autrement que comme voyageur! qu'il apprenne à ne pas abuser de l'hospitalité que la France donne aux étrangers! qu'enfin son attachement pour sa patrie d'origine, il le manifeste sincèrement, c'est-à-dire par son retour!

Lors de l'annexion de la Savoie et du comté de Nice à la France, on laissa aux habitants des pays annexés, la faculté de répudier la nationalité française, mais on eut soin de mettre à cette répudiation, la condition de quitter le pays. Oh! si vous aviez permis aux Niçois et aux Savoyards, de rester dans le pays, tout en se disant étrangers, beaucoup se seraient dits étrangers, pour échapper, eux et leurs descendants, au service militaire. Et pourtant, à leur égard, l'alternative n'était pas de retourner au pays d'origine, c'était l'exil; il s'agissait alors de chasser des indigènes d'un pays qui était à la fois leur pays d'origine et leur pays natal; néanmoins on n'a pas hésité, parce qu'on avait devant soi une question d'ordre public. Eh bien! ne doit-il pas, à plus forte raison, en être de même, quand il s'agit de renvoyer dans leur patrie, ceux qui se condamnent à un exil volontaire!

Mais où en serions-nous, si l'on recherchait l'origine primitive de tous les habitants du pays? qui de nous, en remontant la suite des siècles, n'a pour patrie un sol étranger? A

Digitized by Google

ce compte, si le Code Napoléon avait été en vigueur dans tous les temps, ne pourrait-on pas voir des descendants des vainqueurs des Gaules, venir dire devant nos conseils de révision : « Mes ancêtres, il est vrai, ont, depuis tantôt dix-neuf siècles, habité successivement la Gaule et la France, mais cela fait-il que je ne descende d'un Romain !... Allez-vous, chose indigne pour la France, me déclarer Français contre mon gré !... J'habite votre pays, comme voyageur, et, dans dix-neuf siècles d'ici, ma postérité l'habitera encore au même titre, mais cela ne l'empêchera pas d'être, comme je le suis, Romain d'origine et de cœur.... Je suis sujet du roi d'Italie, sauf mon droit imprescriptible, s'il prenait à ce souverain, l'étrange fantaisie de vouloir m'incorporer parmi ses troupes, de lui démontrer aussitôt qu'avant d'être Romain, j'étais Grec, Espagnol ou Carthaginois....»

Certes il importe, au premier chef, que les questions de nationalité, qui sont d'ordre public, soient régies par des règles certaines, impératives, indépendantes du caprice et surtout de l'intérêt des individus ; il importe que l'on prenne, pour leur détermination, non des paroles le plus souvent trompeuses, mais des actes.

La loi de 1851 eût produit un résultat efficace, si le législateur eût adopté la proposition qu'on fit, de déclarer qu'après deux générations, l'étranger serait nécessairement Français, à moins qu'il ne quittât la France. Mais cette sage proposition rencontra l'opposition du ministre des affaires étrangères, qui objecta qu'agir de la sorte, ce serait exposer à des représailles nos nationaux, et notamment ceux des départements du Midi qui vont s'établir dans les différents pays de l'Amérique du Sud. Mais, en vérité, quelles représailles avons-nous à craindre ? nos nationaux établis à l'étranger, sans esprit de retour, sont-ils encore nos nationaux ? à la deuxième génération, leurs petits-enfants sont-ils encore Français ? l'article 17 du code Napoléon ne pose-t-il pas en principe, que la qualité de Français se perd par l'établissement à l'étranger, sans esprit de retour : déchéance qui frappe non-seulement la seconde génération, mais encore la première, mais encore ceux-là mêmes qui sont partis de France ? A la vérité le Code fait une exception en faveur des établissements de commerce ; mais cette exception ne détruit pas le principe. Et qui nous

Digitized by Google

empêche d'ailleurs d'établir une exception analogue en faveur des étrangers qui viennent fonder en France, un établissement de commerce? Cette exception au surplus aurait bien besoin d'être restreinte de part et d'autre, car si elle a raison d'excepter les établissements de commerce qui servent de comptoirs, de succursales dépendantes d'une maison principale ayant son siége en France, elle ne se comprend plus à l'égard des établissements indépendants créés à l'étranger et qui ne conservent avec la France aucune relation.

§ 4. — *Les questions de nationalité ressortent non du droit civil mais du droit des gens.*

La plupart des nations édictent pour l'acquisition ou la perte de leur nationalité, des règles différentes de celles exigées par les nations voisines. Il résulte de ces divergences de législation des anomalies choquantes : tel individu se trouve ainsi avoir une double nationalité, tandis que tel autre se trouve n'en plus avoir aucune.

Pour n'être pas défectueuse une législation devrait au moins nationaliser l'étranger établi dans le pays, identiquement pour les faits à raison desquels elle dénationalise ses nationaux fixés à l'étranger. De cette façon elle ne contiendrait en elle-même aucun élément de contradiction, puisqu'elle permettrait aux législations étrangères d'établir des règles semblables, sans que, de l'application simultanée des unes et des autres, il résultât une antinomie forcée. Une loi sur la nationalité, n'a en effet de chance d'être bonne, que si elle autorise des dispositions réciproques de la part des pays étrangers.

Malheureusement tels ne sont pas les principes appliqués aujourd'hui. La faute en est à la législation romaine, que nos grands jurisconsultes ont prise partout pour modèle, et que nous imitons nous-mêmes. Les études rétrospectives inoculent dans l'esprit des préjugés dont il est ensuite impossible de le dépouiller; de sorte que l'on accepte souvent, comme articles de foi, des dispositions arbitraires, qui bonnes en leur temps, sont mauvaises aujourd'hui. Rome, entourée de peuples barbares, résumant en elle seule toute la civilisation d'alors, et pour qui tout étranger était un ennemi, avait certainement raison, pour régler les questions de natio-

Digitized by Google

nalité, de se placer au point de vue exclusif du peuple romain, et d'en faire des questions de droit privé.

Pareillement en France, à l'époque de nos grands jurisconsultes, dans ce temps où les peuples ne se rencontraient que sur les champs de bataille, on pouvait pour régler les questions de nationalité, se placer au point de vue exclusif du peuple français. Toutefois cette législation antérieure à 1789, tout en négligeant le principe de réciprocité, se montra prodigue du titre de Français : elle déclare Français tout individu né en France même d'un père étranger, et en même temps tout individu né de parents français même à l'étranger..... On devenait ainsi Français à la fois par le seul fait de la filiation et par le seul fait de la naissance sur notre sol.

A l'époque de la confection du Code, une réaction excessive se produisit, mais sans s'occuper davantage du principe de réciprocité. En guerre avec toute l'Europe, on ne voyait qu'ennemis au dehors ; et par suite de l'admission récente de tous les Français à l'exercice des droits politiques, on craignait les traîtres à l'intérieur. Aussi se montra-t-on très-avare du titre de Français.

Aujourd'hui que le développement des relations internationales, a établi entre les différents peuples de l'Europe, une étroite solidarité ; que les peuples et les souverains se visitent, comme le feraient les membres d'une même famille; aujourd'hui que l'ère des congrès est venue, que nous avons les traités de commerce, le congrès monétaire, les traités postaux, le moment n'est-il pas arrivé de retirer du droit privé, pour les transporter dans le droit des gens, ces questions qui intéressent les différentes nations ? et les peuples ne doivent-ils pas s'entendre ensemble, pour le règlement commun d'un état civil international?

§ 5. — *Acquisition de la nationalité par incolat.*

Le lieu qu'on choisit pour établissement définitif, voilà ce qui, à vrai dire, détermine la nationalité. Eh bien ! la condition première pour constituer l'établissement définitif, c'est la volonté... Or, comme la volonté est nécessairement cachée au fond du cœur de chacun, la Société ne peut parvenir à la connaître, qu'à l'aide de présomptions...

Digitized by Google

Quelles sont donc ces présomptions ? et quel degré de probabilité convient-il d'attacher à chacune d'elles?

Si l'on recherche les principaux faits qui déterminent l'homme à s'établir définitivement dans un pays, l'on trouve d'une part, l'origine; et d'autre part, le séjour prolongé dans cette contrée, c'est-à-dire l'habitude.

Parlons d'abord de l'origine, puisque, étant antérieure à la naissance des individus, elle précède nécessairement leur séjour dans tel ou tel autre lieu.

L'influence de l'origine sur le choix de la nationalité, est capitale... L'expérience est là pour démontrer que, sauf de rares exceptions, l'individu se fixe dans la patrie de ses ancêtres; que, si parfois il s'en éloigne, ce n'est qu'accidentellement et pour y revenir bientôt. C'est là en effet que sont ses relations de famille et la situation de ses biens; des traditions puissantes et un sentiment instinctif le rattachent au lieu où s'est écoulée l'existence de ses aïeux; le climat auquel, durant des siècles, s'est habitué le sang qui coule dans ses veines, fait souvent du changement de pays un danger, et du retour, un besoin. Tout contribue donc à retenir l'individu dans sa patrie d'origine, ou, s'il la quitte, à susciter chez lui, même contre son gré, l'idée de retour.

Néanmoins quelque grande que soit la présomption attachée à l'origine, elle doit tomber devant la réalité des faits; et, quelque longtemps que l'on puisse persévérer à considérer tel établissement en pays étranger comme accidentel et momentané, il arrive cependant un jour où tout concourt à prouver qu'il est définitif, et où il deviendrait déraisonnable de ne pas l'admettre.

La perpétuité de l'établissement étant en effet le principe de la nationalité, la prolongation du séjour en devient nécessairement la seule preuve possible. Et quelque présomption qui existe en faveur de l'esprit de retour, la continuité du séjour est forcément une présomption inverse, capable de lutter contre toutes les autres. Et, en fin de compte, c'est elle qui doit l'emporter ; car tandis que les autres présomptions s'affaiblissent avec le temps, celle-ci croît au contraire en raison même de sa durée. L'étranger arrive en effet, à se créer, sur la terre de son choix, des liens plus puissants que ceux qui l'attachaient à sa patrie d'origine.

Digitized by Google

Ainsi, jusqu'à preuve contraire, la nationalité est au lieu d'origine; mais la preuve contraire résulte de la prolongation de séjour à l'étranger.

Tels sont les principes que le jurisconsulte Proudhon a très-nettement exposés dans son traité des personnes, au chapitre de l'*Incolat*.

« On ne conçoit, dit-il, qu'un seul moyen pratique de dis-
« tinguer à quelle nation un individu appartient, c'est la fixa-
« tion du domicile que l'homme a choisi, dans le territoire
« de l'une, plutôt que dans celui de l'autre. C'est par la fixa-
« tion de domicile, que l'homme attache les habitudes de
« sa vie à un lieu plutôt qu'à un autre; c'est aussi par la fixa-
« tion de son domicile, qu'il supporte les charges publiques
« et confère sa mise en société dans un lieu plutôt que dans
« un autre: c'est donc là la véritable, comme la seule marque
« distinctive de son association civile.

« Dans le fait, on peut trouver plus ou moins de doute
« sur la question de savoir si un homme qui a quitté un pays
« étranger pour venir s'établir en France, a réellement acquis
« dans le royaume, un véritable domicile à perpétuelle de-
« meure, ou s'il n'a pris qu'une résidence momentanée; mais
« à supposer qu'il soit constant qu'il ait abdiqué pour tou-
« jours sa patrie natale, et qu'il se soit établi en France, sans
« conserver aucun esprit de retour pour son pays d'origine,
« il n'est plus possible de l'assimiler, dans le droit, à un
« étranger qui n'existe qu'accidentellement et comme voya-
« geur dans le Royaume. »

Comme Proudhon, je pense que le principe de la nationalité ne peut être que l'*incolat*. Sur ce point, à mon sens, il n'y a pas de doute possible. Mais où naît la difficulté, c'est lorsqu'il s'agit d'établir la durée et les conditions de séjour nécessaires pour effectuer l'*incolat* et constituer l'établissement sans esprit de retour.

A côté du séjour à l'étranger, il y a en effet d'autres circonstances accessoires, également propres à faire présumer l'intention d'abdiquer la patrie d'origine, et qui peuvent venir s'y joindre. Je ne parle pas de ces mille faits de la vie ordinaire, qui se succèdent et se répètent chaque jour et par conséquent se confondent avec le séjour, je ne parle que des faits vraiment graves, tels que la naissance ou le mariage à

Digitized by Google

l'étranger, ou la déclaration solennelle de la volonté de s'y fixer à perpétuité.

Pour ce qui est du lieu de naissance, la législation actuelle en tient déjà grandement compte (art. 9, Code civil). Cette circonstance est en effet d'un grand poids dans la question de nationalité, car l'amour du sol natal et les souvenirs d'enfance sont des attaches très-puissantes pour nous fixer aux lieux qui nous ont vus naître.

Le mariage ! notre législation le laisse de côté. Cependant il importerait qu'il fût pris en considération ; car l'étranger qui se marie dans le pays où il est venu s'établir, s'y trouve désormais retenu par de nouvelles relations de famille.

Quant à la déclaration solennelle de volonté, elle doit aussi être prise en considération. Ce fait, auquel aujourd'hui on attache selon nous une importance trop exclusive, vient en effet corroborer, d'une façon énergique, l'induction qui se tire du séjour. Mais, comme nous le disions plus haut, l'on ne doit tenir compte de la déclaration qu'autant qu'elle concorde avec les faits. Il importerait, en outre, que cette déclaration fût synallagmatique, c'est-à-dire qu'elle fût faite à la fois au pays que l'on quitte et à celui où l'on vient se fixer, afin qu'elle servît en même temps à faire perdre plus tôt la nationalité primitive, et à faire acquérir plus tôt la nationalité nouvelle.

En résumé : l'origine établit la nationalité jusqu'à preuve contraire ; la preuve contraire résulte de la prolongation de séjour à l'étranger ; trois faits peuvent abréger le séjour nécessaire ; ces trois faits sont : la naissance dans le pays, le mariage et enfin une déclaration solennelle et synallagmatique. PRÉVOST (de Brebières).

DROIT INTERNATIONAL.

DES JUGEMENTS RENDUS EN FRANCE ; DE LEUR EXÉCUTION A L'ÉTRANGER. — LETTRES ROGATOIRES. — TRAITÉS DE 1760 ET DE 1860 PASSÉS ENTRE LA FRANCE ET LA SARDAIGNE.

Par Émile QUÉTAND, avocat à la Cour impériale de Paris.

A une époque où les relations internationales sont devenues si fréquentes, où les rapports avec l'Italie vont tou-

Digitized by Google

jours croissant, nous croyons utile de traiter la question de l'exécution à l'étranger des jugements rendus en France. Nous examinerons en premier lieu les usages anciens, puis nous passerons en revue les traités conclus entre la France et la Sardaigne, et nous développerons le chapitre consacré, dans le Code italien de 1865, à l'*exequatur* des décisions étrangères. Le lecteur verra dans ce résumé ce que peuvent l'esprit de civilisation et de progrès; mais il est nécessaire, avant tout, de remarquer combien il a fallu de temps pour traverser les diverses phases et inaugurer le système des innovations.

Le mot *étranger* était autrefois synonyme d'*ennemi*. Le monde romain lui-même, à l'apogée de la gloire et de la civilisation, considérait comme *barbares* les peuples qu'il n'avait point voulu ou pu soumettre à sa puissance. Aujourd'hui des idées nouvelles se sont propagées et nous ont amenés à reconnaître l'utilité des relations internationales; nos alliances, cimentées par des traités qui tendent à provoquer l'unité de législation, nous ont ouvert une voie indispensable au développement de la richesse nationale. En 1760 une convention était intervenue entre la France et la Sardaigne; il avait été décidé que les sujets des deux pays ne seraient pas soumis à la caution *judicatum solvi*. C'est là une grande dérogation aux principes contenus dans les articles 166 et 167 de notre Code de procédure civile. Le dernier alinéa de l'article 22 du traité nous apprend que « pour être admis en ju« gement, les sujets respectifs ne seront tenus de part et « d'autre qu'aux mêmes cautions et formalités qui s'exigent « de ceux du propre ressort, suivant l'usage de chaque tri« bunal. » En Sardaigne, l'article 33 du Code Charles-Albert est inapplicable aux Français, en ce qui touche la caution *judicatum solvi*, puisque, par réciprocité, la même faveur fut toujours accordée en France, malgré les articles de notre Code de procédure.

Après avoir parlé des droits concédés aux nationaux des deux pays, liés par ce remarquable traité, nous devons examiner tout naturellement ce qui se passait dans le cas où il s'agissait, non plus d'un procès à intenter, mais d'une décision judiciaire à faire exécuter. Le § 3 du traité international était ainsi conçu :

Digitized by Google

« Pour favoriser l'exécution réciproque des décrets et ju-
« gements, les cours suprêmes déféreront de part et d'autre,
« à la forme du droit, aux réquisitions qui leur seront
« adressées à ces fins mêmes sous le nom desdites cours. »

L'autorité et la force exécutoire qui s'attachent aux décisions judiciaires ne s'étendent pas au delà des frontières de chaque État; ce grand principe ne peut pas être méconnu; aussi, pour faire exécuter un jugement en pays étranger, faut-il envoyer à la juridiction de ce pays des lettres rogatoires afin d'obtenir cet *exequatur* suivant les formes du droit. En Sardaigne, à l'époque où le droit romain, modifié par les Royales Constitutions, était en vigueur, c'est-à-dire avant 1839, les lettres rogatoires étaient expressément exigées. Le § 15, chapitre I, tit. III, liv. II des Royales Constitutions est formel :

« Le Sénat prendra connaissance des matières de *placet* ou
« *pareatis*, pour permettre de traduire quelque prisonnier
« dans les pays étrangers, ou d'exécuter dans nos États quel-
« que provision donnée dans les susdits pays étrangers, sur
« ce ouï l'avocat général ou l'avocat fiscal général, et respec-
« tivement, pourvu qu'on ait fait au Sénat les réquisitions
« en forme, à l'égard desquelles il observera les mêmes trai-
« tements que l'on pratique envers lui. »

Plus tard, lorsque le Code civil sarde vint remplacer les Royales Constitutions, des jurisconsultes distingués de la Savoie discutèrent vivement une question alors très-controversée, la question de savoir si l'article 662 du nouveau Code de procédure civile abrogeait le § 13 des Constitutions ou si, au contraire, les lettres rogatoires demeuraient indispensables. Voici le texte de l'article 662 :

« Les jugements rendus par les tribunaux étrangers ne
« peuvent être exécutés dans les États qu'après avoir été
« déclarés exécutoires par la Cour d'appel dans le ressort de
« laquelle l'exécution doit avoir lieu. — Les actes authen-
« tiques, etc..... — Si l'exécution est demandée contre un
« regnicole, les Cours d'appel, et (en ce qui concerne l'exé-
« cution des actes) les tribunaux de province n'ordonneront
« respectivement exécution des jugements et des actes pré-
« cédemment mentionnés que parties ouïes ou dûment citées
« en voie sommaire et sur conclusions du ministère public,

Digitized by Google

« *à moins qu'il* n'y ait des dispositions contraires dans les « traités politiques, etc... »

M. de Lachenal, avocat et professeur de droit à Chambéry [1], a publié en 1856, peu de temps après la promulgation du Code, une remarquable dissertation *sur l'inutilité des lettres rogatoires pour l'exécution dans les États sardes des jugements rendus à l'étranger*. Cette brochure fut approuvée par des jurisconsultes éminents, parmi lesquels nous aimons à citer le comte Sclopis, vice-président du Sénat et président du contentieux diplomatique dans les États sardes.

Le 1er mai 1860, un second Code de procédure, élaboré par une commission nommée par M. Rattazzi, fut déclaré exécutoire. L'article 883 de ce Code se trouve reproduit dans la convention du 11 septembre 1860 passée entre la France et la Sardaigne pour confirmer et interpréter le § 3 de l'article 22 du traité du 24 mars 1760. Désormais les Cours, en déférant à la forme du droit, ne devront faire porter leur examen que sur les trois points suivants, savoir :

1° Si la décision émane d'une juridiction compétente;

2° Si elle a été rendue les parties dûment citées et légalement représentées ou défaillantes;

3° Si les règles du droit public et les intérêts de l'ordre public du pays où l'exécution est demandée ne s'opposent pas à ce que la décision du tribunal étranger ait son exécution.

Le royaume de Sardaigne devenu le royaume d'Italie, après s'être annexé presque toute la péninsule, a été obligé de chercher, dans l'unité de législation, un moyen de cimenter son unité politique. De nouveaux Codes ont remplacé les anciennes législations dont les éléments hétérogènes auraient causé le plus grand désordre dans la pratique judiciaire. Promulgués le 25 juin 1865, les Codes civil et de procédure civile furent déclarés exécutoires à partir du 1er janvier suivant. Nous trouvons dans leur rédaction une preuve éclatante de l'esprit de progrès et de libéralisme qui a animé les jurisconsultes chargés de ce travail important. Pour ne pas nous

[1] M. de Lachenal est aujourd'hui conseiller à la Cour d'appel de Casal (Italie).

Digitized by Google

écarter du sujet que nous avons entrepris de traiter, nous examinerons seulement l'article 3 du Code civil qui accorde aux étrangers *la jouissance des droits civils* et les dispositions du Code de procédure sur l'exécution, dans le royaume d'Italie, des jugements ou arrêts rendus à l'étranger. Les décrets des 6-18 août 1790 et des 8-15 avril 1791 supprimaient le droit d'aubaine et de détraction et amélioraient en France la condition des étrangers incapables auparavant de recueillir une succession et de disposer librement de leurs biens. L'article 11 de notre Code porte que « l'étranger jouira en France « des mêmes droits civils que ceux qui y sont ou seront ac- « cordés aux Français par les traités de la nation à laquelle « cet étranger appartiendra. »

Un grand pas était déjà fait; des usages anciens et iniques remplacés par une loi plus favorable aux étrangers, tout concourait à démontrer que la France avait donné un grand et salutaire exemple; mais nous voyons maintenant qu'elle n'a fait qu'ouvrir une voie dans laquelle les rédacteurs du Code italien viennent de la dépasser. Ils ont en effet développé la pensée contenue dans notre article 11, ils l'ont transformée et leur article 3 nous invite à une modification analogue, c'est-à-dire à *l'admission de tout étranger à la jouissance des droits civils.* Que l'étranger n'ait pas tous les droits du citoyen, cela se comprend; des considérations sociales et patriotiques devaient lui refuser cet avantage; l'assimilation ne pouvait être complète entre lui et le regnicole; mais lui accorder sans réserve la jouissance des droits civils, n'est-ce pas là une innovation hardie, louable dans son but, louable dans ses résultats, digne en un mot d'appeler l'attention de nos jurisconsultes et de nos législateurs. Cet article 3 du Code italien mérite d'être signalé; aussi avons-nous songé à rappeler les progrès déjà faits par nos législateurs en attendant une modification devenue nécessaire.

Le titre XII du Code de procédure civile italien a pour rubrique : *De l'exécution des actes des autorités étrangères.* Dans les articles 941, 942 et suivants, nous trouvons implicitement la suppression des lettres rogatoires. En effet l'*exequatur* est accordé en Italie par la Cour d'appel dans le ressort de laquelle l'exécution doit avoir lieu; la sentence lui est présentée en forme authentique par la partie intéressée. L'adversaire

Digitized by Google

appelé par citation directe fait valoir ses moyens dans le cas où il juge à propos de former opposition à l'*exequatur*, sinon la Cour, après en avoir délibéré, rend une sentence dans laquelle elle examine :

1° Si la sentence a été prononcée par une autorité judiciaire compétente;

2° Si elle a été prononcée les parties dûment appelées ou défaillantes;

3° Si la sentence contient des dispositions contraires à l'ordre public ou au droit public interne du royaume (art. 941 du Code italien).

L'article 944 du Code italien s'applique à l'*exequatur* poursuivi par la voie diplomatique. Les pourvois, les citations, les notifications, dans cette hypothèse, sont faits ou ordonnés d'office par l'autorité judiciaire poursuivante qui peut au besoin désigner aussi un procureur pour représenter la partie intéressée si elle n'a pas constitué un procureur pour poursuivre l'exécution des actes mentionnés dans les articles dont nous venons de parler.

En France, l'exécution des décisions judiciaires rendues en Italie s'obtenait la plupart du temps sur une simple requête présentée à la Cour qui statuait en la chambre du conseil, sans reviser le fond du procès, se conformant ainsi aux traités internationaux. Sur ce dernier point la jurisprudence a pourtant bien varié, et diverses Cours ont été d'avis de reviser le fond du droit; nous citerons en première ligne la Cour de Grenoble, dont la jurisprudence est constante malgré les relations établies, par suite de sa proximité de la Savoie et même aujourd'hui du nouveau royaume italien.

Nous critiquerons cette jurisprudence de la Cour de Grenoble en ce qu'elle fait la loi au lieu de la subir. Respect est dû aux traités! L'ordre judiciaire n'a qu'un droit d'application et d'interprétation. Ici point d'application, et nous ajouterons, à regret, fausse interprétation des principes du droit!

En vertu des traités précédemment cités, il faut que les jugements rendus dans les États sardes reçoivent l'*exequatur* de nos Cours d'appel sans révision au fond; à moins toutefois que ces jugements ne contiennent des dispositions con-

Digitized by Google

traires à la morale, à l'équité, à l'ordre public ou qu'ils ne soient émanés de juges incompétents [1].

La Cour de cassation, dans un arrêt du 30 janvier 1867, a décidé que la demande, tendant à faire déclarer exécutoire [2] un jugement rendu en pays étranger contre un Français, doit être intentée dans la forme ordinaire par assignation à la partie adverse, et portée à l'audience publique. Ainsi plus de jugements exécutoires sur simple requête [3] ! C'est un moyen donné à la partie adverse de former opposition à l'*exequatur* et d'obtenir bonne justice. Les législateurs, italiens l'ont bien compris, aussi ont-ils prescrit cette formalité dans l'article 942 de leur Code de procédure.

Les traités de 1760 et de 1860 passés entre la France et la Sardaigne sont peu connus dans notre pays, et cependant leur application est appelée à devenir de plus en plus fréquente à cause des relations de la France avec le royaume d'Italie. L'arrêt de cassation ci-dessus mentionné décide que les dispositions de la convention internationale doivent s'entendre dans le sens le plus large et qu'elles concernent tous les pays annexés composant l'Italie nouvelle. Cet arrêt est venu dissiper les doutes de quelques jurisconsultes qui avaient fait ce raisonnement ingénieux : « Les État sardes n'existent plus, donc, les traités internationaux sont abrogés. » Le syllogisme était trop rigoureux, reconnaissons-le, mais le doute a produit un bon résultat. De même que le philosophe Descartes a jugé utile de douter de son existence pour arriver à la prouver, ces jurisconsultes, esprits inquiets et chercheurs, ont provoqué un arrêt de la Cour suprême pour reconnaître le véritable droit et l'interprétation la plus juste des traités.

La jurisprudence paraît être fixée sur le point délicat de l'exécution des jugements rendus à l'étranger. Les tribunaux [4]

[1] Aix, 25 novembre 1858, S. V., 59, 2, 605; Aix, 8 décembre 1858; Paris, 6 mai 1869, Hill, S. V., 59, 2, 480.

[2] Cass., 30 janvier 1867, S. V., 67, 1, 117; Estivant c. Société d'assurances de Naples; *id.*, Douai, 17 juin 1863.

[3] Paris, 27 août 1864; 2e ch. de la Cour.

[4] Grenoble, arrêt du 9 janvier 1826. — S. V., 27, 2, 56. En ce qui concerne les décisions italiennes, l'*exequatur* est accordé par les Cours impériales et non par *les tribunaux*, même lorsqu'il s'agit de revêtir du *pareatis*, un jugement rendu par un juge de mandement (juge de paix).

Digitized by Google

n'ont qu'à examiner la forme de ces sentences, après un débat à l'audience, et à en ordonner l'*exequatur* s'il n'y a rien de contraire à l'ordre public [1].

Avons-nous encore besoin des lettres rogatoires? Dans la pratique, elles sont adressées par les Cours comme marque de déférence. En Italie, le Code de procédure rend cette formalité inutile, et le titre XII de ce Code les abroge implicitement. Le ministre de la justice d'Italie est d'avis que ces lettres rogatoires n'ont plus leur raison d'être et que le traité de 1860 en dispense les Cours. Jusqu'à présent nous n'avons pas vu d'exemple en France d'*exequatur* accordé sans lettres rogatoires [2].

Un jour viendra peut-être où notre Cour de cassation fixera la jurisprudence à cet égard! ÉMILE QUÉTAND.

ÉTUDE SUR LES DONATIONS A CAUSE DE MORT.

Par M. Ernest GLASSON, agrégé à la Faculté de droit de Paris.

(*Suite* [3].)

56. Ainsi, comme nous l'avons dit, les *peregrini* ne peuvent pas faire de donation à cause de mort, non-seulement par

[1] Cour impériale de Paris, 1re chambre, présidence de M. le premier président Gilardin, arrêt du 29 mai 1869.— Voy. la *Gazette des Tribunaux* du 1er juin 1869, Amerighi c. Pagella. — 6 *juillet* 1869, arrêt de la 1re chambre de la Cour, Gouvernement italien c. héritiers Friddani.

[2] Arrêt de la Cour de Casal du 14 juillet 1868. Léopold Sée et Cie c. Pedemonti. — Voyez la *Temi Casalese* du 19 septembre 1868, n° 34, et la *Gazette des Tribunaux* de Paris du 21 mai 1869. Cet arrêt ordonnant l'*exequatur* de deux jugements rendus par le tribunal de commerce de la Seine, le 17 octobre et le 21 novembre 1852, est fort remarquable en ce qu'il vise les principales difficultés qui peuvent s'élever au point de vue, soit de la *compétence*, soit de la *citation* des parties intéressées, soit de l'*ordre public*. La Cour de Casal a appliqué ces principes dans une espèce qui, à une autre époque, eût déterminé peut-être une révision au fond; des lettres rogatoires n'avaient pas été présentées à la Cour, puisqu'elles sont supprimées par l'article 941 du nouveau Code de procédure civile.

La rédaction de l'arrêt avait été confiée à M. le conseiller de Lachenal. (Dans la pratique italienne, le conseiller rapporteur est en même temps chargé de rédiger l'arrêt.)

[3] V. *Revue*, t. XXXIV, p. 312, 422, 498 et 552; t. XXXV, p. 53 et 167.

Digitized by Google

mancipatio ou *cessio in jure*, mais même par tradition ou stipulation : ils avaient, peut-être, à l'origine, capacité suffisante de donner par tradition ou stipulation, si on admet avec nous que dans le très-ancien droit la *factio testamenti* n'était pas exigée du donateur. Mais, nous le rappelons, les *peregrini* spécialement citoyens d'une cité (*certæ civitatis cives*) peuvent y faire des donations à cause de mort selon les lois de cette cité.

57. Ceux qui subissent *maxima* ou *media capitis deminutio* cessant d'être citoyens romains, ne peuvent plus faire de testament ni de donation à cause de mort : ils sont même privés de ce droit d'une manière absolue, car tout en perdant la qualité de citoyens romains, ils ne deviennent pas citoyens d'une autre ville (cpr. L. 6, §§ 6 et suiv., *De injusto, irrito, rupto test.*, 28, 3; L. 1, § 2, *De ligatis*, 3; L. 8, § 1, *Qui test. facere poss.*, 28, 1; L. 7, § 3, L. 15, *De interd. et releg.*, 48, 22). Il y a plus; quand le donateur subit *capitis deminutio*, les donations à cause de mort, qu'il avait déjà faites, tombent, comme les legs de son testament [1]. C'est ce que nous apprend la loi 7, h. t., pour le cas de *maxima* ou de *media capitis deminutio*.

Ulpien, L. 7, h. t. : « Si aliquis mortis causa donaverit, et pœna fuerit « capitis affectus, removetur donatio ut imperfecta, quamvis ceteræ dona- « tiones sine suspicione pœnæ factæ valeant. »

Et, en effet, les donations à cause de mort sont seulement confirmées d'une manière définitive par le décès du donateur; or le condamné qui a subi la *maxima* ou la *media capitis deminutio* n'est plus capable à ce moment.

58. Les affranchis ou les fils d'affranchis n'avaient pas le droit de tester avant la loi des Douze Tables; mais cette loi le leur concéda. Toutefois, il est probable qu'avant la loi des Douze Tables les affranchis pouvaient faire des donations à cause de mort, car, à cette époque, on n'exigeait pas encore du donateur la *factio testamenti*. Plus tard, lorsqu'on distingua trois classes d'affranchis, les Latins Juniens et les Déditices n'eurent pas le droit de tester, ni par conséquent celui de faire des donations à cause de mort (Ulp. Reg. lib.,

[1] Quant aux biens acquis depuis la condamnation emportant *media capitis deminutio*, le condamné peut en disposer entre-vifs, mais non à cause de mort, car le fisc doit lui succéder (L. 15, *De interdictis*, 48, 22).

Digitized by Google

tit. 20, § 14). On sait que sous Justinien il n'existe plus qu'une seule classe d'affranchis.

59. Dans l'ancien droit romain, les femmes, même *sui juris*, étaient incapables de tester, sauf exception pour les Vestales (Aulu-Gelle, *Nuits attiques*, 1, 12), et pour les femmes qui n'avaient pas d'agnats (Gaius, III, § 43). Cette dernière exception nous montre bien quelle était la cause de cette incapacité : on ne voulait pas qu'il leur fût permis de faire sortir les biens de leur famille civile; on sait d'ailleurs que de bonne heure les jurisconsultes imaginèrent un moyen indirect, la *coemptio testamenti faciendi gratia* (Cicéron, *Topiques*, n° 4) pour permettre aux femmes de tester; par cela même, il leur fut possible de faire des donations à cause de mort, en admettant qu'à cette époque déjà, la *factio testamenti* fût exigée des donateurs, ce qui nous paraît peu probable. Mais, tant que dura la tutelle perpétuelle des femmes, celles qui voulaient faire donation à cause de mort, soit par stipulation, soit par aliénation d'une *res mancipi*, devaient obtenir le consentement de leur tuteur (Arg., Gaius, II, § 20; Gaius, III, §§ 103 et 108); elles ne pouvaient faire seules que les donations de *res nec mancipi*.

60. Quant au fils de famille, dans le principe, il ne pouvait faire aucun testament; mais, de bonne heure, on lui permit de tester pour les biens du *peculium castrense* (pr. *Quibus non est permissum facere testamentum*, J., 2, 12), même dans le cas où il n'était plus militaire; seulement, il devait alors observer pour le testament les formes du droit commun. Au contraire, on ne lui permit pas, avant Justinien, d'une manière absolue, de disposer par testament de son *peculium quasi castrense* : cet empereur pose le premier cette règle qui n'avait été admise jusqu'alors que dans certains cas (cpr. § 6, *De milit.. test*, 2, 11 ; Const. 37, *De inofficioso testamento*, 3, 28). Il est évident que le droit de faire des donations à cause de mort subit les mêmes changements. Ainsi, à l'époque des jurisconsultes classiques, le fils de famille pouvait faire des donations à cause de mort sur son *peculium castrense :* on avait étendu à ces libéralités une faculté qui n'avait été établie, à l'origine, que pour les testaments.

[1] Julien, L. 15, h. t. : « Marcellus notat : quum testamento relinquendi,

Digitized by Google

« cui velint, adepti sint filiifamilias milites, liberam facultatem, credi po-
« test, ea etiam remissa, quæ donationes mortis causa fieri prohibent.
« Paulus notat : hoc et constitutum est, et ad exemplum legatorum mortis
« causa donationes revocatæ sunt. »

Mais, à cette époque, le fils de famille ne pouvait pas disposer par donation à cause de mort, de son *peculium quasi castrense*. On ne saurait tirer un argument contraire de la loi 7, § 6, *De donationibus*, 39, 5, car ce texte a été interpolé par les compilateurs qui ont ajouté : *vel quasi castrense*, pour mettre la phrase en rapport avec le droit de Justinien. C'est en effet depuis cet empereur seulement que le fils de famille peut disposer, d'une manière absolue, par donation à cause de mort des biens de ces deux pécules. Pour ce qui concerne le *peculium adventitium*, il n'eut jamais de droit, même sous Justinien, d'en disposer par testament, pas même dans les cas où le *paterfamilias* avait été privé de l'usufruit des biens de ce pécule (Const. 11, *Qui test. facere possunt*, 6, pr.). Certains auteurs ont pensé cependant que, quand les biens ont été donnés au fils, soit entre-vifs, soit à cause de mort, à la condition que le père n'en aurait pas l'usufruit, le fils pouvait, sous Justinien, disposer de ces biens par testament. On a invoqué le texte de la Novelle 117, ch. 1, qui porte dans certaines traductions latines : « licentiam habeant quo modo volunt *disponere*. » Mais dans le texte grec on lit : διοικεῖν, ce qui signifie administrer et non disposer. D'ailleurs, la phrase précédente de ce même texte prouve bien que l'empereur n'a pas songé au droit de disposer de ces biens par testament; elle accorde, en effet, l'administration de ce pécule aux fils *si quidem perfectæ ætatis sint*, c'est-à-dire s'ils ont vingt-cinq ans. Or on sait que pour tester il n'est pas nécessaire d'avoir atteint cet âge [1]. Aussi, comme nous l'avons déjà dit, le fils n'a pas non plus le droit de disposer des biens du pécule adventice par donation à cause de mort, même avec le consentement de son père (Arg., L. 6, pr., *qui test. facere possunt*, 28, 11). Les textes que l'on a invoqués en sens contraire ne prouvent rien, car il suffit de les lire pour se convaincre qu'ils parlent seulement du pécule profectice (L. 7, § 4, *De donat.*, 39, 5; L. 25, §1, *De mortis causa donat.*, 39, 6), et on ne saurait argumenter

[1] Cpr. Vangerow, *Lehrbuch*, § 428.

Digitized by Google

par voie d'analogie de ce qui a lieu pour le pécule profectice, car nous l'avons déjà dit, dans ce dernier cas, quand un fils de famille fait une donation à cause de mort, avec le consentement de son *paterfamilias*, la libéralité émane en réalité du père (En ce sens: Fritz, *Civ. Archiv*, 6, 9; Gluck, XXXIV, p. 143; Vangerow, *Lehrbuch*, § 428.— *Contra:* Muhlenbruch, *Doctr. Pand.*, § 641; Puchta, *Pand.*, § 463; Schweppe, *Pand.*, § 947).

Ainsi, en résumé, le fils de famille peut disposer, soit entre-vifs, soit par testament, soit par donation à cause de mort de son *peculium castrense* et de son *peculium quasi castrense*: il ne peut pas disposer *mortis causa*, par testament ou donation, du pécule adventice; il peut faire sur son pécule profectice des donations à cause de mort avec le consentement de son *paterfamilias*.

61. Les textes n'ont pas résolu la question de savoir à qui appartient le droit de révocation dans les donations à cause de mort faites par les *filiifamilias*. La question ne paraît pas difficile pour les donations prises sur le *peculium castrense* ou sur le *peculium quasi castrense:* le véritable, le seul donateur est le fils, et on ne saurait lui refuser le droit de révocation pour l'attribuer à son père. Pas de difficulté non plus, du moins avec notre opinion, pour les biens du pécule adventice, puisque le fils ne peut en disposer à titre de donation à cause de mort. Mais des doutes sérieux se présentent pour le cas où la donation porte sur les biens du pécule profectice: faut-il donner le droit de révocation au père ou au fils? On doit l'accorder au père et au fils: au fils, car le *paterfamilias* en autorisant son fils à faire une donation à cause de mort lui a, par cela même, délégué tous les droits et actions résultant d'une semblable libéralité; au père, car il est toujours libre de retirer au fils cette délégation, et de plus, c'est lui qui est, en fait et en droit, le donateur.

62. Passons maintenant aux personnes *sui juris*. Nous commencerons par écarter les *furiosi* et les *infantes*; ils sont frappés d'une incapacité absolue, soit pour les actes entre-vifs, soit pour les actes à cause de mort; *nullum negotium gerunt*. Cependant le fou peut faire des donations à cause de mort dans ses intervalles lucides; de même, celles qu'il aurait faites avant que sa maladie fût déclarée resteraient

Digitized by Google

valables (Arg., § 1, *Quib. non est permissum facere test.*, J., 2, 12; Const. 9, *Qui test. facere possunt*, 6, 22). Les prodigues sont assimilés aux aliénés (cpr. § 2, J., *Quib. non est permiss.*, 2, 12; Ulpien, frag., 20, § 13; L. 18; pr. *Qui test. facere poss.*, 28, 1). Les sourds et les muets sont également incapables jusqu'à Justinien (Ulp., 20, 13; Const. 10, *Qui test. facere poss.*, 6, 22; § 3, J. *Quib. non est permissum*, 2, 12)[1]. Les pupilles, même *pubertati proximi*, ne peuvent pas faire de donations à cause de mort avec l'assistance de leur tuteur, bien qu'avec cette assistance ils puissent aliéner entre-vifs. Cela tient toujours à cette règle qu'il faut avoir la *factio testamenti* pour faire valablement une libéralité de ce genre (L. 1, §§ 1 et 2, *De tutelæ et rationibus distrahendis*, 27, 1).

63. Quant aux mineurs de vingt-cinq ans, la question demande quelques développements. Avant de la résoudre, il faut déterminer d'une manière bien précise leur capacité juridique. Il n'est douteux pour personne que les mineurs ont la *factio testamenti*, car il suffit, comme on sait, d'être pubère pour pouvoir tester. Mais leur capacité relative aux actes entre-vifs a varié, et, de plus, de graves controverses séparent les auteurs. Les mineurs de vingt-cinq ans ont eu une capacité complète jusqu'aux empereurs Dioclétien et Maximien; seulement, lorsque les actes qu'ils avaient passés leur occasionnaient un préjudice, le préteur venait à leur secours au moyen de l'*in integrum restitutio*. Les empereurs Maximien et Dioclétien ont-ils modifié cette règle par la Const. 3, *De in integrum restitutione*, 2, 22?

L'affirmative est enseignée par de nombreux auteurs. On décide qu'à partir de cette Constitution le mineur de vingt-cinq ans, pourvu d'un curateur, ne peut plus ni aliéner, ni s'obliger; au contraire, le mineur non pourvu d'un curateur reste soumis aux anciens principes. On dit à l'appui de cette solution que les empereurs Dioclétien et Maximien assimilent

[1] Il est encore d'autres personnes qui sont aussi privées de la *testamenti factio;* ainsi, ceux qui ont publié des libelles diffamatoires (L. 18, § 1; L. 26, *Qui test. facere possunt* 28. 1; L. 21, *De testibus*, 22, 5; L. 5, § 9, *De injuriis*, 47, 10); ceux qui sont incertains sur leur état (Ulpien, *Reg.*, 20, § 11; L. 14 et 15, *Qui test. facere poss.*, 28, 1); les personnes coupables d'inceste (Const. 6, *De incestis nuptiis*, 5, 5), jusqu'à la novelle 12 qui a supprimé cette peine et en a établi de nouvelles.

Digitized by Google

le pubère mineur de vingt-cinq ans au prodigue; or le prodigue ne peut pas plus obliger qu'il ne peut aliéner[1].

Telle n'est pas notre opinion. Sans doute, des principes nouveaux ont été établis par ces empereurs à l'égard des mineurs de vingt-cinq ans, mais ce sont les suivants : Quant aux mineurs non pourvus de curateurs, ils peuvent encore s'obliger valablement, mais les empereurs Dioclétien et Maximien leur ont appliqué la règle du sénatus-consulte de Septime Sévère relatif aux aliénations de *prædia rustica vel suburbana*, laquelle n'avait été faite que pour les tuteurs et les curateurs; en d'autres termes, ils ont décidé que ces mineurs ne pourraient plus aliéner ces fonds sans un décret du magistrat, à peine de nullité de l'aliénation (Const. 11, 15, *De prædiis et aliis rebus minorum*, 5, 71; Const. 5, *Quando decreto opus non est*, 5, 72). A l'égard des mineurs de vingt-cinq ans pourvus de curateurs, la Constitution 3, citée, s'est bornée à les déclarer incapables d'aliéner sans le consentement du curateur; mais tous, mineurs pourvus ou non pourvus de curateurs, ont continué à pouvoir s'obliger valablement comme par le passé[2].

Cela résulte nettement de trois textes du Digeste (L. 101, L. 141, § 2, *De verb. oblig.* 45, 1; L. 43, *De oblig. et act.*, 44, 7); on ne peut admettre sérieusement que les compilateurs aient plusieurs fois, par inadvertance, inséré des textes abrogés, surtout quand il s'agit d'une disposition aussi importante. L'assimilation établie par les empereurs, dans leur rescrit, entre le mineur et le prodigue, doit s'entendre *secundum subjectam materiam*; or, dans l'hypothèse soumise aux empereurs il s'agissait d'une aliénation. Il est vrai qu'on a contesté même ce dernier point et dit qu'il s'agissait aussi d'une obligation puisque les empereurs parlent de *venditio*. Nous reconnaissons, en effet, que la défense d'aliéner a eu pour conséquence de faire déclarer nulle la vente consentie par le mineur; de même que la vente de l'immeuble dotal est déclarée nulle à cause de l'inaliénabilité de cet immeuble par le mari sans le consentement de sa femme, de même la vente

[1] En ce sens : Muhlenbruch, § 191 ; Puchta, *Lehrbuch*, § 51 et *Cursus der Inst.*, 2, § 202; Demangeat, *Cours de droit romain*, p. 405.

[2] En ce sens : Savigny, *Vermisc. Schriften*, p. 384; Wening Ingenheim, *Lehrbuch*, § 225; Vangerow, *Lehrbuch*, § 291.

Digitized by Google

de l'immeuble d'un mineur, consentie par ce mineur seul, a été nulle depuis les innovations impériales qui ont déclaré ces immeubles inaliénables sans le consentement du curateur ou sans un décret du magistrat. Mais ce qui est vrai de la vente ne saurait s'appliquer aux autres contrats.

De tout ce qui précède, il résulte que le mineur a toujours pu faire seul des donations à cause de mort par stipulation. Mais si la donation doit résulter d'une aliénation, faut-il exiger, suivant le cas, le consentement du curateur ou le décret du magistrat? Nous ne le pensons pas. Même depuis les innovations des deux empereurs Dioclétien et Maximien, le mineur de vingt-cinq ans a pu faire seul, et par aliénation, des donations à cause de mort. Les restrictions relatives à sa capacité d'aliéner concernent seulement les actes entre-vifs; on ne saurait, sans texte et sans motif grave, les étendre aux actes à cause de mort. Or il n'existe, à notre connaissance, aucun texte déclarant les mineurs de vingt-cinq ans incapables de faire des donations à cause de mort par aliénation. De plus, les motifs sur lesquels repose leur incapacité d'aliéner ne sauraient s'appliquer à ces libéralités qui sont, en général, révocables et pour lesquelles la translation de propriété est même souvent reportée au moment de la mort du donateur. Mais il y a plus : même en supposant que le mineur ait renoncé à son droit de révocation et que la propriété ait été de suite transférée, il faut admettre la validité de la donation. C'est qu'en effet, à l'époque où furent rendues les Constitutions des empereurs Dioclétien et Maximien, le système des jurisconsultes qui assimilaient la donation aux legs commençait à triompher; à cette époque déjà, on se demandait, avant tout, si celui qui avait fait une donation à cause de mort avait ou non la *factio testamenti* (L. 32, § 8, *De donat. int. virum et uxorem*, 24, 1; L. 7. § ult., *De donat.*, 39, 5).

En résumé, comme le dit très-nettement Voët (h. t. n° 5) : « Pari ratione minorem vigenti quinque annis ea ætate qua « testamenti factionem habet, etiam sine curatoris auctoritate mortis causa donare posse, verius est, licet inter vivos « donatio uti et alia rerum alienatio, ei denegata sit, eo quod « regula generalis est eum mortis causa donare posse, cui « testari permissum est. »

64. En terminant, mentionnons une incapacité tout à fait

Digitized by Google

particulière. Sous Justinien, les décurions furent en partie déclarés incapables de faire des donations à cause de mort (nov. 46 et 87[1]); on leur avait déjà retiré, depuis longtemps, le droit d'aliéner leurs biens immobiliers et leurs esclaves, sans autorisation du gouverneur de la province (cpr. C. Th., *De prædiis et mancipiis curial.* — C. J., Const. 1, *De prædiis decurionum sine decreto* 10, 34). Toutes ces mesures étaient prises dans un seul but : enrichir les curies afin d'assurer l'exécution des charges écrasantes qui pesaient sur elles[2].

Section II. — *De la capacité du donataire.*

65. Conditions de capacité exigées du donataire. — 66. En particulier, du *jus capiendi*. — 67. De l'incapacité du *cælebs*, de l'*orbus*, du *solitarius pater*. — 68. De l'incapacité du Latin Junien. — 69. De l'incapacité des *mulieres prohosæ*. — 70. A quel moment se plaçait-on pour savoir si le donataire à cause de mort avait le *jus capiendi*? — 71. A qui profitaient les donations à cause de mort qui tombaient parce que le donataire n'a pas le *jus capiendi*? — 72. De la suppression successive du *jus capiendi*. — 73. Des personnes incapables de recevoir des donations à cause de mort sous Justinien. — 74. Des donations à cause de mort entre époux. — 75. Dans les donations à cause de mort entre époux, l'époux donataire peut-il devenir propriétaire du vivant même du donateur? — 76. Conséquences de la règle suivant laquelle l'époux donateur reste propriétaire jusqu'à sa mort. — 77. Dans le cas de prédécès du donateur, la donation produit-elle effet rétroactif au profit de l'époux donataire? Distinction. Explication de la loi 11, *De donationibus inter virum et uxorem*, 24, 1.— 78. L'époux donateur *mortis causa* peut-il renoncer à son droit de révocation? — 79. Comment l'époux donateur peut-il révoquer la donation à cause de mort qu'il a faite à son conjoint? — 80. La donation à cause de mort entre époux, par exception à la règle ordinaire, ne tombe pas par la *media capitis deminutio* du donateur. — 81. De la quotité disponible

[1] Justinien nous apprend dans cette novelle qu'il a défendu aux décurions de faire des donations de leurs immeubles et de laisser par testament à une personne qui n'a pas la qualité de décurion plus du quart de sa fortune. Certains décurions, nous dit toujours cet empereur, partant de ce principe que la donation à cause de mort doit être considérée comme un legs, et usant du droit de renoncer à la faculté de révoquer, étaient arrivés, à l'aide de ces moyens, à éluder la disposition de la novelle 38 qui leur défend de faire donation de leurs immeubles. En conséquence il décida que les décurions ne pourraient plus faire de donations à cause de mort, si ce n'est dans les limites déterminées par la novelle 38 ; qu'ils ne pourraient plus, même dans cette limite, renoncer au droit de révocation.

[2] Voyez, sur la condition des décurions, Serrigny, *Droit public et administratif romain*, I, p. 178.

Digitized by Google

mortis causa entre époux, quand le conjoint donateur est marié en secondes noces. — 82. Le descendant *alieni juris* peut-il recevoir une donation à cause de mort du *paterfamilias* sous la puissance duquel il se trouve?

65. Le donataire à cause de mort, comme le donateur, doit satisfaire à deux conditions. En premier lieu, on exige de lui la capacité de prendre part à l'acte dont la donation à cause de mort revêt la forme, de telle sorte, par exemple, qu'un *peregrinus* ne pourrait pas être donataire *mortis causa* par *mancipatio* ou par *cessio in jure*. Mais il y a plus : un *peregrinus* ne peut même pas recevoir par simple tradition ou par stipulation depuis l'époque où l'on exige du donataire à cause de mort une seconde condition. Il faut, en effet, en second lieu, que le donataire à cause de mort ait le *jus capiendi*. Sous ce dernier rapport, on se montre encore plus rigoureux que pour le donateur : il ne suffit pas que le donataire à cause de mort ait la *factio testamenti* passive, c'est-à-dire la capacité d'être institué héritier; on exige, en outre, qu'il ait le *jus capiendi*. Or, toute personne qui jouit du *jus capiendi* a, sans doute, aussi la *testamenti factio*, mais la réciproque n'est pas vraie : on peut avoir la *factio testamenti* sans le *jus capiendi*, c'est-à-dire la capacité nécessaire pour pouvoir être institué héritier, sans cependant avoir le droit de recueillir sa part dans l'hérédité.

66. Le *jus capiendi* a été exigé du donataire à cause de mort par un sénatus-consulte dont la date nous est inconnue. Les lois Julia et Papia Poppæa, dans leurs dispositions concernant le *jus capiendi*, ne s'appliquaient qu'aux institutions d'héritiers et aux legs. Aussi fut-il très-facile, dans les premiers temps, d'éluder ces dispositions en laissant des libéralités aux personnes qui n'avaient pas le *jus capiendi*, soit à titre de fidéicommis, soit à titre de donation à cause de mort. Pour empêcher ces fraudes, le sénat rendit deux sénatus-consultes : l'un exigea le *jus capiendi* des fidéicommissaires; ce fut le sénatus-consulte Pégasien[1]; l'autre établit une règle semblable pour les donations à cause de mort.

[1] Cependant le sénatus-consulte Pégasien ne s'applique pas aux Latins Juniens. Bien qu'ils n'eussent pas le *jus capiendi* et qu'ils fussent d'après les lois Julia et Papia Poppæa incapables de recueillir des legs ou des hé-

Digitized by Google

Paul, L. 35, pr., h. t. : « Senatus censuit, placere mortis causa dona-« tiones factas in eos, quos lex prohibet capere, in eadem causa haberi, in « qua essent quæ testamento his legata essent, quibus capere per legem « non liceret. »

On assimila donc, sous ce rapport, purement et simplement, les legs et les donations à cause de mort. C'est en ce sens restreint qu'il faut entendre la L. 37, pr., h. t., qui paraît, *à priori*, bien plus générale.

Ulpien, L. 37, pr., h. t. : « Illud generaliter meminisse oportebit, dona-« tiones mortis causa factas legatis comparatas : quodcumque igitur in « legatis juris est, idem in mortis causa donationibus erit accipiendum. »

Ce qui prouve qu'en adoptant cette règle, le jurisconsulte se place uniquement au point de vue de l'incapacité des donataires et des légataires, c'est que ce passage est extrait d'un commentaire sur les lois caducaires. Mais il faut reconnaître que cette décision du sénat rapproche singulièrement les donations à cause de mort et les legs, et c'est peut-être de cette époque que commence ou du moins devient très-sérieuse entre les jurisconsultes romains la grave controverse sur la nature des donations à cause de mort.

67. Quoi qu'il en soit, sont désormais incapables de recueillir par donation à cause de mort, en première ligne, le *cælebs*, l'*orbus*, le *solitarius pater*. Le *cælebs* est tout à fait incapable (Gaïus, II, §§ 111, 144, 286; Ulpien, *Reg.*, XVII, 1; XXII, 3); l'*orbus* peut *capere* la moitié de la donation (Arg. Gaïus, II, § 286). Quant au *solitarius pater*, les textes ne nous apprennent pas quelle était sa position, car il ne nous est connu que par la rubrique d'un titre des Règles d'Ulpien (tit. 13); mais il est probable que satisfaisant, comme l'*orbus*, à la moitié seulement des conditions, il ne pouvait recueillir que la moitié de la libéralité[1].

rédités, il fut toujours permis, même après le sénatus-consulte Pégasien, de leur laisser à titre de fidéicommis (cpr. Gaïus, I, § 23; II, § 275; Ulpien, *Reg. lib.*, XXII, § 3; XXV, § 7).

[1] Le *cælebs* est l'individu non marié et sans enfants; l'*orbus*, l'individu marié, mais sans enfants; le *solitarius pater*, d'après une conjecture assez vraisemblable, l'individu non marié, mais qui a des enfants. Le mot *cælebs* n'avait pas le sens qu'on lui donne aujourd'hui : il désignait quiconque n'était pas marié et n'avait pas d'enfant, fût-on veuf ou divorcé; d'où la nécessité, pour les hommes, après la dissolution d'un mariage, d'en con-

Digitized by Google

Dans certains cas cependant, ces différentes personnes peuvent *solidum capere*, dans les legs ou dans les hérédités, soit en raison de leur jeune âge ou de leur âge avancé, soit à raison de leur parenté avec le défunt. Il n'est pas douteux que dans les mêmes cas ils peuvent recueillir des donations à cause de mort. Ainsi, sont relevés des peines du célibat, les hommes mineurs de vingt-cinq ans et les femmes âgées de moins de vingt ans (Ulpien, *Reg.*, XVI, § 1), les hommes âgés de plus de soixante ans et les femmes de plus de cinquante[1]. La cognation est aussi une cause de dispense jusqu'au sixième degré, et même au septième, pour le fils *ex sobrino sobrinave;* de même, l'alliance pour les personnes qui échappent à ce titre à la loi Cincia (frag. Vat., §§ 158, 214 à 220, 302).

On sait aussi que la capacité de recueillir par legs ou par hérédité entre époux, a été restreinte par les lois caducaires. Ainsi, les époux ne peuvent recevoir l'un de l'autre qu'un dixième de l'hérédité, plus un tiers en usufruit; mais, quand ils ont des enfants, ils peuvent se donner ce tiers en pleine propriété; en outre, par chaque enfant vivant et né d'un précédent mariage, et aussi par chaque enfant né de leur mariage et mort *post nominum diem*[2], (mais dans ce dernier cas

tracter immédiatement un autre. Les femmes avaient, au contraire, un délai : six mois ou un an, suivant que le mariage avait pris fin par le divorce ou par la mort du mari, d'après la loi Julia; mais la loi Papia porta le délai à dix-huit mois pour le premier cas, et à deux ans pour le second.— Pour ne pas être *orbus*, il ne suffisait pas d'avoir eu des enfants : il fallait en avoir encore au moins un. L'enfant adoptif, d'abord compté, fut ensuite exclu par un sénatus-consulte dont nous parle Tacite (*Annales*, XV, § 19). De plus, pour compter au père, l'enfant doit être issu d'un mariage conforme aux prescriptions des lois Julia et Papia. Mais, d'après les idées des Romains sur la constitution de la famille, cette condition ne concerne pas la mère : chez elle, c'est la fécondité que l'on récompense, et on lui accorde le *jus capiendi* lorsque, ingénue, elle compte trois accouchements; affranchie, quatre (cpr. Ortolan, *Hist. du droit romain*, nos 353 et suiv.).

[1] Voyez cependant la restriction apportée par le sénatus-consulte Pernicien (Ulp., *Reg. lib.*, tit. XVI, § 3).

[2] C'est-à-dire l'époque à laquelle on avait l'habitude de donner un nom à l'enfant. Cujas, Godefroy, Pothier lisent dans le texte qui rapporte ce détail : *nonum diem;* mais, comme le fait remarquer M. Machelard, cette correction est inutile et ne présente pas d'intérêt, car il était d'usage de donner un nom à l'enfant le huitième ou le neuvième jour après sa naissance, suivant qu'il s'agissait d'une fille ou d'un garçon. (*Dissertation sur l'accroissement*, p. 168, note 2.)

Digitized by Google

seulement jusqu'à concurrence de deux), on peut recevoir un dixième en plus; enfin il est des cas où les époux ont le droit *de capere solidum inter se.* Nous ne pouvons entrer dans tous les détails assez arides de ces questions de quotité disponible entre époux; il nous aura suffi de faire connaître les principes pour rappeler que depuis notre sénatus-consulte ces principes ont été appliqués aux donations à cause de mort (cpr. Ulpien, *Reg. lib.*, tit. XV, tit. XVI, § 1)[1].

68. D'après une disposition de la loi Junia Norbana, les Latins Juniens n'avaient pas non plus le *jus capiendi* (Gaïus, I, §§ 23 et 24; II, 110 et 275; Ulpien, *Reg. lib.*, XVII, 1; XXII, 3; XXV, 7). C'étaient des motifs tout à fait différents de ceux sur lesquels reposaient les lois Julia et Papia Poppæa, des raisons publiques qui avaient fait établir cette incapacité. Elle fut étendue, sans aucun doute, aux donations à cause de mort, soit par une disposition expresse de notre sénatus-consulte, soit par une interprétation des prudents tirée de ce texte législatif. Nous avons vu, en effet[2], que les héritiers d'une femme donatrice avaient voulu faire annuler la libéralité dont elle avait gratifié un Latin Junien, sous prétexte que cette libéralité était à cause de mort; mais le jurisconsulte eut bien soin de faire remarquer, pour écarter cette prétention, qu'il s'agit, au contraire, d'une donation entre-vifs (frag. Vat., § 259). Toutefois, chose remarquable, le droit de recueillir des fidéicommis ne fut pas retiré au Latin Junien par le sénatus-consulte Pégasien, ni par aucune disposition postérieure (Gaïus, II, 285; Ulp. *Reg. lib.*, XXV, 7).

69. Enfin, il faut encore noter, parmi les personnes qui n'ont pas le *jus capiendi*, les *mulieres probosæ*. D'après une Constitution de l'empereur Domitien, ces femmes furent incapables de recueillir des hérédités et des legs. Cette incapacité s'étendait-elle aux donations à cause de mort? L'affirmative paraît assez naturelle, et cependant le texte de Suétone, par lequel nous avons connaissance de cette disposition, parle seule-

[1] Voir pour les détails la remarquable dissertation de M. Machelard sur l'Accroissement (p. 167 et suiv.). L'application des principes des *leges decimariæ* aux donations à cause de mort entre époux, n'est pas douteuse (cpr. Heineccius, *Ad leg. Juliam et Papiam Poppæam*, lib. 2, cap. 4; Boutry-Boissonade, *Essai sur l'histoire des donations entre époux*, n° 35).

[2] Cpr. tome XXXIV, p. 430, note 1.

Digitized by Google

ment des legs et des hérédités : « Probosis fœminis, lecticæ « usum ademit, jusque capiendi legata hereditatesque. » (Suétone, *Vie de Domitien*, chap. 8) [1]. Mais il paraît résulter de la loi 9, h. t., que les jurisconsultes avaient admis une règle générale suivant laquelle, pour pouvoir recueillir une donation à cause de mort, il faudrait avoir la capacité de recueillir un legs.

Paul, L. 9, h. t. : « Omnibus mortis causa capere permittitur, qui sci- « licet et legata accipere possunt. »

Il est donc fort probable que les jurisconsultes romains ont, à partir de la Constitution de Domitien, déclaré les femmes incapables d'être donatrices à cause de mort.

Telles sont les personnes qui n'ont pas le *jus capiendi*.

Il nous reste à voir maintenant :

1° A quel moment le *jus capiendi* est exigé du donataire à cause de mort;

2° Quel est le sort des donations faites à des personnes privées du *jus capiendi;*

3° Ce que sont devenues ces règles sous Justinien.

[1] D'après M. de Savigny (t. II, app. VII, n. 13), cette incapacité fut créée pour mettre fin à une immoralité incroyable, qui d'ailleurs avait sa cause dans l'imperfection de la loi : comme le mariage était défendu aux *famosæ fœminæ*, on en avait conclu qu'elles échappaient aux incapacités des lois caducaires, car on ne pouvait les accuser d'observer le célibat, c'est-à-dire de se soumettre à la loi; il résultait de là que les femmes honnêtes, mais non mariées, étaient moins bien traitées que les débauchées; aussi on vit des femmes, de condition honorable, se faire *famosæ*, afin d'échapper aux incapacités des lois Julia et Papiæ Poppæa, tout en gardant le célibat.

M. de Vangerow (*Lehrbuch*, § 429) n'admet pas cette explication : il se fonde sur ce que l'incapacité des *fœminæ famosæ* a passé dans le droit de Justinien; si elle avait été la conséquence du système des lois caducaires, elle aurait dû disparaître avec ce système; aussi cet éminent romaniste pense que l'incapacité des *fœminæ famosæ* n'a d'autre cause que la qualité même de ces femmes.

Cependant l'explication de M. de Savigny me paraît singulièrement confirmée par un autre passage de Suétone, tiré de la *Vie de Tibère* (ch. 35), et où il est dit : « Fœminæ famosæ, ut ad evitandas legum pœnas, jure ac « dignitate matronali exsolverentur, lenocinium profiteri cœperant. » Que l'incapacité de ces femmes ait passé dans le droit de Justinien, cela ne prouve rien; on conçoit très-bien qu'après avoir été établie comme conséquence des lois pappiennes, elle ait été maintenue, malgré l'abrogation de ces lois, pour un autre motif, et à raison seulement de la qualité de ces *fœminæ probosæ*.

Digitized by Google

70. Pour déterminer le moment où le *jus capiendi* était exigé du donataire, on fut obligé, sous certains rapports, de s'écarter des legs; il fut établi que le *jus capiendi* était nécessaire, non pas à l'époque de la donation, mais à celle de la mort du donateur.

Africain, L. 22, h. t. : « In mortis causa donationibus, non tempus dona-« tionis, sed mortis intuendum est, an quis capere possit. »

La règle était différente pour les legs : on ne se plaçait pas à l'époque de la mort du testateur, mais au moment du *dies cedit*, qui avait été reculé, comme on sait, jusqu'au jour de l'ouverture des tables du testament. Cette différence s'explique par cette considération, que le sort de la donation à cause de mort était tout à fait indépendant de celui du testament. Tout ce que l'on exigeait, c'était la survie du donataire, et il était, dès lors, logique, pour déterminer sa capacité, de se placer au moment de la mort du donateur. Aussi faut-il généraliser notre solution et dire d'une manière absolue que les règles du *dies cedit* étaient sans application pour les donations à cause de mort. La loi 44, h. t., nous en donne la preuve.

Paul, L. 44, h. t. : « Si servo mortis causa donatum sit, videamus, cujus « mors inspici debeat, ut sit locus condictioni, domini an ipsius servi. Sed « magis ejus inspicienda est, cui donatum esset; sed tamen post mortem, « ante apertas tabulas testamenti manumissionem hæc donatio non se-« quitur. »

Ce texte suppose une donation à cause de mort faite à un esclave. Le jurisconsulte se demande d'abord quel est, du maître ou de l'esclave, celui dont on doit considérer la mort pour qu'il y ait lieu à restitution au profit du donateur, et il répond, suivant la règle que nous connaissons, qu'il faut s'occuper de la mort de celui à qui la donation s'adresse dans l'intention du donateur. Ainsi, le donateur a-t-il voulu gratifier l'esclave, il n'aura pas la *condictio* par le prédécès du maître. Paul examine ensuite une autre question, celle qui nous intéresse en ce moment: le donateur a voulu gratifier personnellement l'esclave, et ce donateur est mort le premier, avant l'esclave et avant le maître de cet esclave; après sa mort, mais avant l'ouverture des tables du testament, le maître a affranchi son esclave. Paul se demande si le bénéfice de

Digitized by Google

la donation sera acquis au maître *manumissor* ou à l'esclave affranchi. S'il s'était agi d'un legs, l'esclave affranchi aurait profité de cette libéralité, car le *dies cedit* de ce legs, reculé par les lois caducaires à l'ouverture des tables du testament, aurait été postérieur à l'affranchissement; mais dans les donations à cause de mort, on se place au moment de la mort du donateur, et dès lors, la donation doit être acquise au maître *manumissor*, car, à l'époque du décès du donateur, l'affranchi était encore un esclave placé sous la puissance de ce maître.

Quant au délai de cent jours donné au légataire pour se mettre en règle avec les prescriptions de la loi, nous pensons qu'il faut aussi l'accorder au donataire à cause de mort; seulement le point de départ est différent: ce délai court, pour le légataire, à partir de l'ouverture des tables du testament, et pour le donataire à cause de mort, dès le décès du donateur. Ainsi, le donateur échappe en totalité (ou en partie seulement) à l'incapacité, s'il se marie et s'il a des enfants, si de Latin Junien il devient citoyen romain dans les cent jours qui suivent la mort du donateur. (Ulp., *Reg. lib.*, XVII, § 1; XXII, § 3)[1]. De même, les *mulieres probosæ* sont relevées de leur incapacité quand, au moment de la mort du donateur, elles ont abandonné leur vie honteuse: cela était déjà vrai dans l'ancien droit (car on ne saurait argumenter en sens contraire de la défense de mariage établie par la L. 43, § 4, *De ritu nuptiorum*, 23, 2), et cette disposition fut renouvelée par Justinien (Const. 23, *De nuptiis*, 5, 1).

71. Quand une donation à cause de mort est nulle en totalité ou en partie, par la raison que le donataire n'a pas le *jus capiendi*, on attribue les biens de la donation, comme s'il s'agissait d'un legs (Gaïus, II, 207, 286), d'abord aux héritiers institués, *patres;* à leur défaut, aux légataires *patres*, sans qu'il y ait lieu de distinguer si ces colégataires sont *conjuncti* ou *separati*, ou même étrangers les uns aux autres; enfin, en dernier lieu, le bénéfice de la caducité profite à l'*ærarium*[2] (depuis Caracalla, au fisc, comme nous l'apprend Ulpien, *Reg.*

[1] Cpr.: L. 52, *De legatis*, 2°; L. 62, pr. et L. 78, § 3, *De hered. inst.*, 28, 5; L. 11, *De vulg. et pupill. subst.*, 28, 6; L. 5, *De regula Catoniana*, 34, 7; L. 3, § 2, *De jure fisci*, 49, 14.

[2] Pour les détails, voy. mon *Étude sur le droit d'accroissement*, p. 58 et suiv.

Digitized by Google

lib., tit. XVII, § 2). Les personnes n'acquièrent pas de plein droit les biens de la donation: il faut qu'elles les demandent par la *caducorum vindicatio.*

Nous avons, toutefois, supposé, dans ce qui précède, que le donateur est mort en laissant un testament. Mais on peut aussi faire des donations à cause de mort tout en mourant *intestat.* En pareil cas, les donations caduques ne donnent pas lieu à la *caducorum vindicatio.* On attribue donc les biens de la donation à tous les héritiers *ab intestat*, sans qu'il y ait lieu de s'occuper de la question de savoir s'ils sont ou non *patres.* De graves raisons justifient cette solution: le *jus caduca vindicandi* suppose l'existence d'un testament. Quand une personne meurt *intestat*, on n'examine pas, pour distribuer l'hérédité, si les héritiers sont, ou non, *patres*, et il ne saurait en être autrement des biens de la donation. On pourrait soutenir, à la vérité, que les biens de la donation doivent être directement attribués au fisc, en disant: La loi donne le *jus caduca vindicandi* à ceux qui *in testamento liberos habent* (Gaïus, II, § 206); à leur défaut, les biens vont au fisc; or, dans l'hypothèse, il n'existe personne qui réunisse les conditions nécessaires pour se prévaloir du *jus caduca vindicandi*, car même les héritiers *patres* ne sont pourtant pas héritiers *in testamento.* Mais cette argumentation est tout à fait inadmissible. Quand on parle de personnes *quæ testamento liberos habent*, on suppose une hérédité testamentaire, et cela ne préjuge en rien l'attribution des biens provenant de donations caduques entre les héritiers *ab intestat.* S'il en était autrement, on se montrerait plus rigoureux pour les héritiers *ab intestat* que pour les héritiers testamentaires, car, la qualité de *patres* ne suffisant pas, les premiers seraient privés de biens auxquels auraient droit les seconds.

72. Toutes ces règles concernant le *jus capiendi* appliqué aux donations à cause de mort ont disparu sous Justinien. Déjà Constantin avait aboli les peines qui atteignaient les *cœlibes* et les *orbi* (Const. I, C. Th., *De infirmandis pœnis cœlibatus*, 8, 16; Const. 1, C. J., *De infirmandis pœnis cœlibatus et orbitatis*, 8, 58)[1]; ces peines devenaient choquantes depuis le triomphe du

[1] Cette Constitution, attribuée à Constantin dans le Code de Justinien, se trouve sous les noms des fils de Constantin au Code Théodosien. Mais,

Digitized by Google

christianisme. Mais les incapacités entre époux furent maintenues encore pendant un siècle. Constantin lui-même, dans une partie de sa Constitution insérée au Code Théodosien, mais omise dans celui de Justinien, nous apprend qu'il n'a pas voulu les abolir par la raison que les libéralités entre époux sont souvent suspectes de captation[1]. Mais les empereurs Honorius et Théodose le Jeune, sans tenir compte de cette considération, abrogèrent aussi les incapacités des époux (Const. 2, *De infirmandis pœnis cœlibatus et orbitatis*, 8, 58). Quant à celle du Latin Junien, on ne peut invoquer aucun texte pour soutenir qu'elle ait disparu avant l'abolition de la classe des affranchis Latins Juniens par Justinien (Const. 1, *De latina libertate tollenda*, 7, 6)[2]. Enfin, l'incapacité des *mulieres prosobsæ* a été formellement maintenue par Justinien (Const. 23, *De nuptiis*, 5, 1).

73. En résumé, sous cet empereur, le *jus capiendi* n'existe plus, et les legs ayant été assimilés aux fidéicommis, on peut poser en principe que toute personne capable d'acquérir à titre de fidéicommis peut être donatrice à cause de mort. Ainsi, sont incapables sous Justinien, par exemple, les descendants légitimes d'un condamné pour crime de lèse-majesté (Const. 5, *Ad. leg. Juliam majestatis*, 9, 8), les apostats, les hérétiques (Const. 3, *De apostatis*, 1, 7; Const. 4, § 2, *De hereticis*, 1, 5). — On n'aurait donc pas dû insérer au Digeste les textes relatifs au *jus capiendi* que nous avons cités plus haut. Les anciens commentateurs ont été, par suite de cette insertion, induits dans de graves erreurs, d'autant plus qu'ils confondaient la *factio testamenti* et le *jus capiendi*.

Godefroy, dans son commentaire du Code Théodosien, a démontré que Constantin est bien l'auteur de cette innovation. L'auteur de la vie de Constantin et Sozomène louent, en effet, cet empereur à ce sujet. Il faut donc admettre, ou que les compilateurs ont commis une erreur matérielle, ou que la Constitution de Constantin a été renouvelée par ses fils.

[1] Ce n'était pourtant pas pour ce motif, mais dans un but politique, que les *leges decimariæ* avaient introduit les restrictions que nous venons d'indiquer : on voulait encourager les Romains à avoir un grand nombre d'enfants. Ce qui le prouve bien, c'est que plus on avait d'enfants, moins on était incapable.

[2] M. Machelard pense que l'incapacité des Latins Juniens était déjà tombée depuis longtemps en désuétude, vers le IV^e^ siècle (*Accroissement*, p. 272, note 1).

Digitized by Google

C'est Muller qui le premier, dans son *Etude sur les donations à cause de mort*, a fait connaître, d'une manière nette et précise, les différences qui existent entre ces deux institutions. ERNEST GLASSON.

(*La suite à une autre livraison.*)

BIBLIOGRAPHIE.

VIE ET TRAVAUX DE ZACHARIÆ (KARL-SALOMON)

D'APRÈS DES DOCUMENTS INÉDITS, AVEC PORTRAIT ET AUTOGRAPHE,

Par Joseph ORSIER. — Paris, 1869.

Compte rendu par M. Paul GIDE, agrégé à la Faculté de droit.

Tous les lecteurs de Zachariæ, et leur nombre n'est pas moins grand en France qu'en Allemagne, accueilleront avec gratitude la notice que nous annonçons. Elle éclaire d'un jour tout nouveau et tout à fait inattendu la figure du célèbre professeur de Heidelberg. Bien que son nom fût chez nous devenu populaire, à l'École et au Palais, nous ne connaissions encore ni le jurisconsulte ni l'homme. Parmi tous les écrits du jurisconsulte, un seul, grâce à d'habiles traducteurs, a pu passer le Rhin et venir jusqu'à nous : c'est son *Traité sur le droit civil français ;* mais ce traité, quelque important qu'il soit, n'occupe encore qu'une petite place dans l'œuvre presque encyclopédique de l'infatigable savant. Grâce aux communications de M. Zachariæ fils [1], M. Orsier a pu joindre à sa notice le catalogue de tous les écrits dus à cette plume féconde, et ce catalogue ne comprend pas moins de 154 numéros. Cette liste effrayante ne donnerait encore qu'une idée très-incomplète des travaux de Zachariæ, si nous n'ajoutions pas qu'il était en même temps membre de la diète, avocat consultant très-occupé, et que, comme professeur, « il donnait régulièrement deux leçons, souvent trois par jour. » Parmi les nombreuses publications dont M. Orsier nous donne les titres, il en est une qui mérite une mention particulière, non-seulement à cause de son étendue (7 vol. in-8°),

[1] M. Karl-Édouard Zachariæ de Lingenthal, jurisconsulte distingué lui même et auteur de savants travaux sur le droit byzantin.

Digitized by Google

mais surtout à cause de sa valeur scientifique : c'est l'ouvrage intitulé *Vierzig Bücher vom Staate, Quarante livres sur l'État.* On retrouvera ici, appliquée à un sujet bien plus vaste et plus varié, cette même synthèse si large et si puissante, cette même classification si méthodique et si lumineuse que l'on admire dans le *Traité de droit civil français.* La table analytique des *Vierzig Bücher*, que M. Orsier a eu l'heureuse idée de traduire et d'insérer dans son catalogue, pourrait à elle seule fournir un modèle de programme à tout professeur de droit public, d'économie politique ou de droit des gens.

Mais M. Orsier n'étudie pas seulement, en Zachariæ, le jurisconsulte, c'est l'homme lui-même qu'il nous fait connaître dans tous les détails de sa vie privée, et il nous le fait connaître si bien qu'il nous le fait aimer. Nous tous, en France, qui ne l'avions jugé que sur ses écrits, nous ne le connaissions point encore, et il nous apparaît ici avec une physionomie toute nouvelle, car l'écrivain et l'homme chez lui se ressemblent fort peu : autant l'écrivain est sec, froid, impassible, autant l'homme est aimable, affectueux, plein d'ardeur, non-seulement pour une science spéciale, mais pour la recherche du juste et du vrai en toutes choses, et toujours prêt à s'arracher à ses études favorites pour mettre son temps et ses peines au service de ses amis ou de ses concitoyens. Je ne puis suivre ici M. Orsier dans le récit détaillé d'une vie si active et si bien remplie : je n'en citerai qu'un seul passage, celui qui nous montre Zachariæ parvenu à ses derniers moments: « L'année fatale approchait; un sombre avertissement lui disait intérieurement de se préparer au dernier passage. En juillet 1842, après avoir ajouté les derniers traits au septième volume du grand ouvrage auquel il travaillait depuis vingt ans, les *Vierzig Bücher vom Staate*, il écrivait à un ami : « Le jour tant désiré où les heures deviennent éternelles, « approche bien vite ! J'ai terminé mes *Quarante livres;* « ainsi se brisent les uns après les autres tous les liens qui « m'attachaient à la vie. » Il disait vrai. Aux approches du printemps de 1843, après un hiver péniblement passé, ses forces déclinèrent d'une façon si sensible qu'il se vit obligé de cesser ses leçons. Le 11 mars, il termina son cours par de touchants adieux à ses auditeurs; leur émotion fut douloureuse, et plusieurs d'entre eux accoururent en pleurant serrer

Digitized by Google

les mains du vieillard. Zachariæ répondit encore le lendemain à une lettre d'un personnage avec lequel il était étroitement lié : « La mort de madame votre femme m'a profondément affligé. C'est une voix d'un autre monde qui me crie : suis-moi ! Je ne crois pas pouvoir passer une seconde saison comme celle-ci. Mes nuits sont inquiètes, agitées. A mon âge, on perd plus facilement ses amis qu'on ne les remplace. On finit par être si solitaire qu'on quitte la terre avec plaisir. » Dans l'après-midi du 19 mars, après une promenade faite au bras de son fils, la défaillance s'empara de son être, et les efforts de la science médicale pour ranimer ses esprits furent inutiles. Quelques jours encore se passèrent dans un état de délire ou d'inertie..... Le 27 mars, à trois heures après midi, Karl-Salomon Zachariæ avait cessé de vivre. Il avait soixante-quatorze ans. »

Je ne veux rien ajouter après ces lignes touchantes. Il ne me reste plus qu'à féliciter et à remercier M. Orsier. C'est rendre un vrai service à la science du droit que de nous faire si bien connaître un de ses plus dignes représentants.

PAUL GIDE.

LA VIE,

DIFFÉRENTES MANIÈRES DE LA CONCEVOIR ET DE L'EXPLIQUER,

Par le docteur DEBROU.

Compte rendu par M. G. DEBACQ,
docteur en droit, avocat à la Cour impériale de Paris.

Les études philosophiques présentent-elles de l'utilité?

C'est là une question discutée depuis des siècles et diversement résolue. Beaucoup de gens tiennent pour l'affirmative et se dévouent à la maîtresse science. D'autres tiennent pour la négative,— et c'est l'avis du plus grand nombre.

Nous n'avons pas qualité pour prendre parti dans un sens ou dans un autre. C'est grande témérité que de condamner des études auxquelles tant de nobles esprits ont donné les plus belles années de leur vie, c'est presque de la présomption que d'essayer de les justifier. Et cependant, lorsque pareille question est posée, peut-on rester indifférent? N'est-il pas du devoir de tout homme qui pense de se demander ce

Digitized by Google

qu'ont produit de sérieux tous les infolios accumulés les uns sur les autres par les philosophes de tous les temps? L'humanité, grâce à eux, a-t-elle fait un pas en avant? Ont-ils résolu quelques-uns ou l'un seulement des mystères qu'ils ont essayé de sonder?

Depuis Aristote et Platon, les hommes les plus distingués de toutes les époques ont consacré à l'examen des diverses branches de la philosophie toutes les forces de leur intelligence, toutes les richesses de leur imagination. Tant de talent, tant d'éclat, tant de hardiesse dans les déductions ont-ils été dépensés en pure perte? Tant et de si grands efforts sont-ils restés sans résultats effectifs? Les doctrines, les systèmes divers que toutes les écoles ont formulé successivement depuis des siècles, n'ont-ils démontré qu'une chose, bien établi qu'une vérité,— l'impuissance absolue de l'intelligence humaine sur certains points donnés et la vanité d'une prétendue science où la logique et la raison restent sans force parce qu'elles sont sans point d'appui?

Ce qui est certain, c'est que matérialistes ou spiritualistes, vitalistes, animistes ou positivistes, ont tous prouvé, et d'une façon satisfaisante que leurs adversaires avaient tort en bien des points. Nul d'entre eux n'a pu démontrer qu'il avait raison lui-même.

C'est que tous commettent la même faute, c'est que tous tombent dans la même erreur. Ils raisonnent, déduisent et concluent. Mais comme les prémisses mêmes de tous leurs raisonnements sont discutables, les conclusions qu'ils en tirent sont discutables aussi : comme le point de départ est de convention, le point d'arrivée est nécessairement de convention aussi.

Lorsqu'on rapproche des théories les plus fameuses des modernes philosophes les ouvrages des anciens, on est tout à la fois saisi d'étonnement et humilié de la faiblesse humaine : Ce sont les mêmes doctrines et les mêmes controverses; les mêmes questions toujours agitées et jamais résolues; des allégations produites, sur ces allégations des théories déduites, des systèmes édifiés; — des preuves jamais : à leur place des formules. Les philosophes de tous les temps se démenant dans le vide à la poursuite de la vérité qui les fuit, superficiels les uns, et les autres profonds, mais tous

Digitized by Google

également incapables de justifier les conclusions qu'ils proposent, dissimulant mal, d'aucuns sous la pompe et la majesté du langage, le plus grand nombre derrière des mots baroques qui forment une sorte de jargon ou de logomachie grotesque, le néant ou l'étrangeté de leurs doctrines.

Il faut reconnaître cependant, que si au point de vue des résultats directs, la philosophie n'est point aujourd'hui plus avancée, ou peu s'en faut, qu'il y a vingt-cinq siècles, les philosophes contemporains ont profité des erreurs commises par leurs devanciers. Leurs travaux ne sont pas plus concluants, mais ils sont au point de vue scientifique plus sérieux.

On n'admet plus de nos jours que pour justifier une théorie métaphysique on ait le droit de méconnaître comme Descartes l'a fait, par ignorance ou de parti pris, les données des sciences positives. Sans doute, l'école nouvelle n'a pas supprimé la conjecture qui est, et reste toujours, comme de juste, l'élément principal de la philosophie, mais c'est à la condition que la conjecture ne soit point en désaccord trop absolu avec les phénomènes physiques définitivement constatés. Les contemporains ont compris que l'imagination, dont il ne fallait pas dédaigner l'aliance,— au contraire,— ne devait point toute seule suffire à ceux qui voulaient sonder les mystères de la philosophie; qu'à côté de l'imagination, il fallait quelque chose de plus solide; qu'avant de se permettre d'étudier l'homme « invisible et immatériel, » il était bon d'étudier l'homme visible et matériel; que la physiologie devait précéder la psychologie, et la biologie, la métaphysique.

La première conséquence de cette réaction, sinon contre la philosophie, au moins contre les procédés philosophiques anciens, c'a été laproduction des doctrines vitalistes ou matérialistes.

Le matérialisme a été traité d'erreur funeste. Qu'au point de vue social les théories matérialistes puissent devenir funestes, peu de gens le contestent. Que l'ordre public soit intéressé à ce que ces doctrines ne se répandent pas trop, ceci est parfaitement exact.— Mais que ce soit une erreur, l'homme de bon sens, toutes théories religieuses mises de côté bien entendu, ne peut l'affirmer.— Ce peut être une erreur sans doute. Le matérialisme est comme le spiritualisme une doctrine philosophique, par conséquent une doctrine

Digitized by Google

douteuse; et très-probablement erronée, comme toutes les doctrinesphilosophiques passées et à venir.

Mais peu importe le caractère même du matérialisme et des théories philosophiques auxquelles il a donné naissance; ce qu'il faut constater et ce qui est certain, c'est que l'éclosion des théories matérialistes et vitalistes doit être considérée comme marquant dans l'histoire de la philosophie une époque importante. Le matérialisme c'est l'effort mal dirigé peut-être, mais énergique, de l'esprit humain pour se dégager des à peu près, des aperçus en l'air, des affirmations sans preuve, c'est le premier essai tenté pour mettre la science à la place de l'illusion. Pour réfuter le matérialisme il a fallu le suivre sur le terrain qu'il avait vaillamment abordé, étudier les données scientifiques positives qu'il invoquait, le combattre avec ses propres armes. Sous l'influence de ces nécessités la philosophie s'est transformée. Elle n'a pas sans doute plus qu'auparavant obtenu de résultat direct, ni réussi à réaliser la tâche d'ailleurs impossible qu'elle s'impose, mais la méthode nouvelle employée avec ardeur par des hommes distingués a donné naissance à des œuvres qui sans fournir des solutions meilleures aux problèmes qu'elles examinaient, ont contribué cependant au progrès des sciences positives. C'est à l'école matérialiste qu'appartient l'honneur de cette transformation.

Tel est aujourd'hui l'état des études philosophiques qu'il semble que les médecins seuls peuvent raisonnablement les aborder. Le temps des littérateurs philosophes est passé d'un siècle. Celui des physiologistes est venu.

Parmi les livres qu'a fait éclore le vigoureux mouvement donné aux sciences philosophiques par la production des doctrines matérialistes, il en est un, tout récemment paru, que signalent à l'attention publique le caractère et l'incontestable talent de celui qui en est l'auteur. L'éditeur Herluison vient de publier une œuvre nouvelle de M. le docteur Debrou, — *la Vie, différentes manières de la concevoir et de l'expliquer.*

L'auteur est un esprit positif qui n'entend point se laisser égarer par la scolastique, ni discuter sur des mots ou se détourner des vérités simples pour embrasser des fantômes logiques. Il lui faut des données précises, scientifiques si c'est possible, des raisons sérieuses et pas d'assertions hasardées.

Digitized by Google

Ce qui ne l'empêche nullement d'être spiritualiste; il n'admet pas les doctrines qui, en conservant les facultés de l'homme, suppriment l'âme humaine, et essaient aujourd'hui de rendre compte des qualités les plus pures et les plus exquises de l'esprit par des conditions physiologiques. Tout en rendant justice et pleine justice aux hommes distingués qui ont soutenu et soutiennent les doctrines matérialistes il s'élève de toutes ses forces contre ceux qui professent que « la cellule nerveuse transforme l'impression sensuelle en jugement, en volonté, en sentiment du beau, du juste, du bon. » Cependant le spiritualisme de M. Debrou n'est pas le spiritualisme de l'ancienne école. Sévère pour M. Littré il est sévère aussi pour Descartes qu'il admire comme écrivain, mais dont il se défie, à juste titre, comme philosophe. Le spiritualisme, d'après M. Debrou, est assez fort et assez vrai pour sortir radieux de tous les nuages dont on l'entoure. Mais on ne doit pas oublier qu'il ne se peut maintenir qu'en étant d'accord avec les autres vérités, notamment avec celles de la biologie.

C'est l'accord de la science et des données de la philosophie spiritualiste que M. Debrou a tenté d'établir dans son livre de *la Vie*.

Il paraît que cet accord n'est pas facile : nous ne savons trop si les spiritualistes purs ne considéreront pas M. le docteur Debrou comme un allié dangereux. La méthode rigoureusement suivie par l'auteur dans tout son livre, n'a pas été sans influence sur les doctrines qui y sont contenues. On n'emploie pas impunément un procédé en place d'un autre. Les moyens et la conséquence ont entre eux plus de connexité qu'on ne croit. Quand on fait de la philosophie surtout on ne substitue pas, sans quelque danger, la science et ses déductions logiques, au parti pris et à ses illusions. Le livre de M. Debrou le démontre bien. Bien qu'inspiré manifestement par les idées spiritualistes, et désireux d'y conformer sa doctrine, M. Debrou s'est, dans les derniers chapitres de son livre, trouvé contraint de se séparer des spiritualistes proprement dits. C'est pour pouvoir s'éloigner tout à fait de M. Littré que l'auteur croit devoir s'écarter un peu de Descartes et de Jouffroy ; mais il n'en est pas moins vrai que la scission est manifeste. Si M. Debrou admet, dans l'homme vivant, l'existence d'un élément im-

Digitized by Google

matériel, il l'associe intimement, je n'ose pas dire qu'il le subordonne, à l'élément matériel. Il ne fait pas de l'homme un organisme qui s'est élevé par degrés jusqu'aux plus fiers sommets de la pensée, mais il n'hésite pas à définir la vie, une activité propre de la matière organisée.

Si donc M. Debrou a tenté de mettre d'accord la science et les données de la philosophie spiritualiste, il a préféré, pour arriver à cet accord, imposer des sacrifices à celles-là qu'à celles-ci.

M. Debrou a divisé son livre en deux parties. L'ouvrage se compose cependant de trois portions bien distinctes.

Dans la première l'auteur expose les opinions diverses de tous les philosophes sur le problème de la vie. Ce sont d'abord les premiers essais de la philosophie grecque, conceptions singulières où la science a peu ou point de place : Puis Platon et Aristote, celui-là plus brillant, celui-ci plus profond et formulant dans son traité de l'âme des conclusions philosophiques que les auteurs modernes n'ont pas dépassées. Le moyen-âge ignorant et grossier, obscurcissant, sous prétexte de les compléter et de les adapter aux dogmes catholiques, les doctrines d'Aristote ; les progrès de la médecine et de la physiologie à l'époque de la renaissance, préparant les bases de la science nouvelle, qui devait prendre le nom de biologie : les opinions de Bacon et de Gassendi, celles de Descartes et de Leibnitz, successivement analysées et décrites, l'animisme de Stahl, le vitalisme de Barthez et de Bichat : un exposé rapide mais complet des doctrines philosophiques contemporaines, tels sont les divers éléments qui composent la première partie du livre du docteur Debrou.

C'est une œuvre difficile que l'histoire abrégée des idées et des opinions, lors surtout qu'il s'agit d'idées abstraites toujours, et obscures souvent. Il est donné à peu de gens d'analyser en quelques pages des théories philosophiques, éparses dans de nombreux et indigestes ouvrages, et d'être tout à la fois exact et bref. L'histoire générale de la philosophie est une œuvre malaisée, mais l'histoire particulière des théories philosophiques sur un point spécial, est plus malaisée encore. Car si dans la première la largeur du sujet peut, en certains cas, excuser un peu de vague, l'étroitesse du cadre dans la deuxième oblige l'auteur à une précision

Digitized by Google

absolue. Délicate était donc la première tâche que s'imposait M. Debrou : il s'en est tiré avec grand honneur, il était impossible d'exposer avec plus de clarté des précédents plus obscurs.

La deuxième partie du livre de M. Debrou est tout entière de discussion. Les principaux systèmes philosophiques analysés dans la première partie sont repris en détail, scientifiquement décomposés, les données de la philosophie positive, les travaux de MM. Comte et Littré, les doctrines de Darwin sont successivement pris à partie par le docteur Debrou, et leur impuissance à expliquer d'une manière satisfaisante les phénomènes de la vie, définitivement établie.

Enfin M. Debrou formule ses conclusions (nous les indiquions tout à l'heure), sans dissimuler qu'en pareille matière toutes les opinions sont controversables. Pour lui, l'homme est composé d'un esprit et d'un corps distincts et joints ensemble, influant l'un sur l'autre, associés tous deux à l'œuvre de la vie.

Il faut lire les derniers chapitres du livre de M. Debrou. Le talent de l'écrivain, la science du physiologiste s'y unissent pour former un harmonieux ensemble. Lorsqu'on a parcouru le traité *de la vie*, on peut se demander encore si les études philosophiques ont atteint le but direct qu'elles poursuivent depuis des siècles ; — mais on ne peut nier l'influence efficace et féconde sur les progrès de l'esprit humain d'études qui ont produit des œuvres semblables à celles dont nous venons de parler. GABRIEL DEBACQ.

Compte des dépenses faites par Charles VII pour secourir Orléans pendant le siége de 1428

PRÉCÉDÉ

D'ÉTUDES SUR LES JURIDICTIONS ET L'ADMINISTRATION FINANCIÈRES,

LE RECRUTEMENT ET LE PIED DE SOLDE DES TROUPES A CETTE ÉPOQUE,

Par M. J. LOISELEUR [1].

Compte rendu par M. Gabriel DEBACQ, docteur en droit, avocat à la Cour impériale de Paris.

Il y a quelques années, M. Clément publiait un travail très-remarquable sur les finances de la France au XV^e^ siècle.

[1] Un vol. in-8°. Herluison et Hachette, 1868, imprimerie impériale.

Digitized by Google

L'œuvre commencée par l'éminent membre de l'Institut vient d'être reprise avec un rare succès.

M. Loiseleur, bibliothécaire de la ville d'Orléans, a trouvé dans les cartons de la bibliothèque qu'il dirige un extrait des comptes d'Hénon Raguier, trésorier des guerres du roi Charles VII, s'appliquant aux années 1428 et 1429, et faisant connaître les sommes dépensées par le roi pour soudoyer les gens d'armes employés à la défense d'Orléans assiégée par les Anglais. En présence du chiffre élevé des dépenses révélées par ce document, M. Loiseleur s'est demandé d'où provenaient les ressources dont le roi disposait, et de quelle manière ces ressources étaient employées. Il a été conduit par ces questions à étudier le mécanisme financier, le système administratif des revenus royaux et publics au commencement du XV^e^ siècle, l'organisation des juridictions spéciales, Chambres des deniers, Cour des aides, et il a consigné le résultat de ses recherches dans des études sur l'administration des finances, le recrutement et le pied de solde des troupes, lors du siége de 1429, qu'il vient de publier en même temps que le compte d'Hénon Raguier. Ces études sont remplies de renseignements curieux. La partie surtout qui est relative au recrutement des troupes et à la solde empruntée aux comptes soumis à la Chambre des deniers, est digne de la plus sérieuse attention.

L'armée féodale proprement dite n'existait plus. Les armées régulières et permanentes n'étaient point constituées encore. Le recrutement des troupes présentait des difficultés extrêmes. Le roi traitait avec les seigneurs, lesquels s'engageaient, moyennant finances, à fournir un nombre déterminé de combattants. Le seigneur sous-traitait ensuite à telles conditions qu'il jugeait convenables avec quelque écuyer ou capitaine qui se chargeait à ses risques et périls d'embaucher les hommes nécessaires pour former la compagnie « retenue par le roi, » comme on disait alors. La solde était versée par le trésorier des guerres aux mains du premier traitant qui s'acquittait envers le capitaine, lequel à son tour payait ses hommes. Ceux-ci ne recevaient donc leurs gages que de troisième main. On comprend facilement qu'avec un pareil procédé de recrutement l'armée dût coûter fort cher. Il résulte du travail de M. Loiseleur qu'un simple homme d'armes touchait

Digitized by Google

en moyenne, tant pour lui que pour ses deux suivants, 15 livres tournois par mois, soit par an 180 livres. Le prix du marc d'argent étant de 8 livres, cette somme, d'après le prix du marc d'argent actuel, donne 1,237 fr. 60 c., et en valeur relative, c'est-à-dire, en tenant compte du pouvoir comparé de l'argent, 7,425 francs, si l'on accepte les calculs de M. Leber sur la valeur de l'argent; 5,000 francs au moins, si l'on s'en tient aux évaluations des autres économistes. Les archers à cheval recevaient 7 livres 10 sous. Quant aux fantassins, ils ne laissaient pas de coûter fort cher, bien que très-méprisés. On trouve, dans les comptes d'Hénon Raguier, des arbalétriers à pied touchant une solde égale à celle des archers à cheval. Les milices fournies par les communes étaient payées par jour à raison de 5 sous pour les capitaines et de 3 sous pour les simples combattants, la nourriture non comprise.

Hommes d'armes et archers vivaient sur le pays, et, s'il est permis d'induire de quelques textes qu'en théorie, moyennant l'acquittement de la solde, les troupes devaient subvenir elles-mêmes à leurs besoins matériels, il est parfaitement certain qu'en fait elles pressuraient les provinces assez malheureuses pour avoir besoin de pareils défenseurs. L'évêque de Lisieux, en racontant la défaite de Verneuil, écrit que « la France trouve une compensation à ses désastres dans l'entière destruction de ses auxiliaires écossais. » — Et ce n'était pas seulement l'homme d'armes, l'archer et leurs suivants réglementaires qui vivaient aux dépens du bourgeois et du vilain; c'était toute une légion de femmes, pages, valets si nombreux qu'il fallait à chaque combattant « 10 chevaux de bagages et de frétin. » On peut se faire une idée de ce que devait être cette séquelle avant la réorganisation des compagnies d'ordonnance, lorsqu'on voit en 1465, au moment de la guerre du bien public, la troupe du capitaine Mignon entrer dans Paris « en bel ordre et bien équipée, suivie de huit filles de joie qui chevauchaient derrière la compagnie avec leur confesseur. »

En sus de la solde, le roi remplaçait les chevaux hors de service et contribuait à l'équipement des hommes.

Quant aux gages des capitaines, ils étaient énormes, puisqu'un banneret touchait 60 livres tournois par mois, un chevalier bachelier ou un écuyer banneret 30 livres, c'est-à-dire 15,000 et 30,000 francs par an. De petites armées de 5 ou

Digitized by Google

6,000 hommes épuisaient le pays, qui abandonné à lui-même se fût très-bien défendu et à peu de frais. Mais les membres de la hiérarchie féodale, à commencer par les grands feudataires pour finir au dernier écuyer, ne pouvaient consentir à l'armement de la nation. Il était cependant de notoriété publique que la supériorité des Anglais tenait surtout à ses archers presque tous issus du peuple. En 1384, une trêve de quatre ans avait été conclue entre la France et l'Angleterre; on voulut en profiter en France pour augmenter le nombre et la qualité des hommes de trait. « Il fut défendu, dit Juvénal des Ursins, qu'on ne jouast à quelque jeu que ce fût sinon à l'arc et à l'arbalestre: et en peu de temps les archers de France furent tellement duits à l'arc qu'ils surmontèrent à bien tirer les Anglais, et se mettaient tous communément à l'exercice de l'arc et de l'arbalestre. Et en effet si ensemble se fussent mis ils eussent été plus puissants que les princes et les nobles. Et pour ce fut enjoint par le roi que l'on cessât, etc. » On en revint donc aux anciens errements; et pendant un demi-siècle encore on s'en tint à ce recrutement déplorable dont parle M. Loiseleur et auquel le pays dut de honteuses défaites d'abord, la création d'impôts écrasants et la misère ensuite. Lorsqu'il s'agit de délivrer le dernier boulevard de l'indépendance française, le roi ne réussit à mettre sur pied que sept mille hommes de guerre, alors que la ville assiégée fournissait à elle seule, pour la défense de ses murs, plus de huit mille bourgeois armés. Sur les millions qu'elle avait reçus des états-généraux, la royauté ne put affecter aux besoins et à la solde de la garnison d'Orléans que 64,000 francs. Ce seul fait suffit à lui seul pour faire juger l'administration financière et l'organisation militaire de l'époque. Le pays fournissait de l'argent et était tout prêt à fournir des hommes. On gaspillait l'argent et l'on n'osait accepter les hommes. On soudoyait des routiers, on désarmait les citoyens; et la moitié de la France était conquise par les Anglais.

La France du XIX^e^ siècle n'est plus la France du XV^e^, mais il est bon qu'on lui rappelle de temps en temps ce qu'elle est devenue lorsqu'elle a laissé à d'autres qu'à elle-même le soin de l'administrer et de la défendre.

Le livre de M. Loiseleur présente d'autant plus d'intérêt qu'il met à néant la légende du prétendu dénûment de

Digitized by Google

Charles VII, que la plupart des historiens avaient accueilli sur la foi des contemporains. Il reste acquis que si le roi n'avait point d'argent pour payer ses dettes, c'est qu'il l'employait tout entier à ses plaisirs.

Ce n'est pas, d'ailleurs, la première fois que M. Loiseleur entreprend de reviser le jugement des contemporains sur des faits intéressants de notre histoire nationale; il a publié récemment sous le titre de *Problèmes historiques* deux études fort remarquables sur deux points fort obscurs du règne de Henri IV et de la régence d'Anne d'Autriche. La duchesse de Beaufort était morte tout d'un coup, au moment où elle allait épouser Henri IV. Le public avait attribué cette mort subite à l'empoisonnement. Mazarin avait, malgré la cour, malgré le parlement, malgré la bourgeoisie, malgré le caractère altier et changeant de la régente Anne d'Autriche, réussi à se maintenir au pouvoir jusqu'à son décès. Le public avait expliqué l'influence persistante du cardinal à un mariage contracté entre la régente et son ministre. D'après M. Loiseleur, le public s'est trompé. La duchesse de Beaufort n'a point été empoisonnée, Mazarin n'a point épousé Anne d'Autriche. Il est intéressant de parcourir ces deux études où la rigueur de la dialectique le dispute à l'élégance du style. M. Loiseleur, pour résoudre ces problèmes difficiles qu'il s'était posés, a employé, il le dit lui-même, les procédés de l'enquête judiciaire, la méthode dont usent les magistrats préposés à l'instruction des causes obscures et difficiles, et ces procédés ont donné à ses travaux un caractère de netteté singulière. Les documents soigneusement réunis, les preuves accumulées, les témoignages recueillis, et contrôlés les uns par les autres, permettent à M. Loiseleur de formuler avec précision les conclusions qu'il propose. Ces deux études ne sont pas seulement de simples recherches sur une question spéciale, mais aussi l'histoire complète et approfondie de deux des époques les plus importantes de notre histoire, les premières années du règne de Henri IV, et le ministère de Mazarin. Il faut espérer que M. Loiseleur continuera le cours de ses publications. C'est le vœu que formeront certainement tous ceux qui liront les ouvrages que nous nous permettons de signaler à l'attention de nos lecteurs.

G. DEBACQ.

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL

de la Jurisprudence administrative,

Par M. BATBIE, professeur à la Faculté de droit de Paris.

DROITS DE L'AUTORITÉ ADMINISTRATIVE EN MATIÈRE D'ALIGNEMENT PARTIEL. — DÉLIMITATION DES RIVIÈRES.

I.

Ceux qui étudient avec attention la jurisprudence du Conseil d'État, en matière contentieuse, ont observé que depuis une dizaine d'années elle suit un mouvement chaque jour plus prononcé en faveur du droit de propriété et des autres droits individuels. Cette réaction s'est faite bien avant les dernières réformes politiques, sous le régime du gouvernement personnel, et (chose digne d'être remarquée) c'est au contraire sous la Restauration et sous le gouvernement de Juillet, c'est-à-dire en plein système parlementaire, que les particuliers ont eu le plus de difficulté à faire reconnaître leurs prétentions les mieux fondées par la section du contentieux. Nous signalons ce fait comme une bizarre anomalie sans craindre d'ailleurs que le retour aux institutions libérales entraîne, dans la jurisprudence du Conseil d'État, un changement défavorable aux propriétaires. L'identité de direction entre la politique et la pratique administrative ne peut, au contraire, que fortifier et développer l'esprit qui anime aujourd'hui le Conseil d'État.

Nous pourrions citer des exemples nombreux de l'heureux revirement qui caractérise la dernière jurisprudence; mais cette revue rétrospective nous entraînerait à des développements que ne pourrait contenir l'espace dont nous disposons. Nous nous arrêterons seulement sur une question dont les lecteurs de notre *Revue* sont peut-être lassés, tant elle leur a été présentée de fois. Il s'agit des pouvoirs de l'autorité administrative en matière d'alignement, et spécialement pour les alignements individuels lorsqu'il n'y a pas de plan général. Nous pensions que la controverse sur ces difficultés était éteinte lorsqu'elle a été, à la surprise générale, réveillée par

Digitized by Google

M. Serrigny, professeur de droit administratif à la Faculté de Dijon. La *Revue critique* a publié l'article où notre collègue reprend cette discussion, soit parce que les travaux de ce jurisconsulte sont tenus en haute estime par les personnes qui s'occupent d'études administratives, soit parce que notre publication est un terrain ouvert sur lequel toutes les opinions peuvent se livrer bataille. Puisque M. Serrigny rouvre le débat, nous allons peser la valeur des objections qu'il adresse à la jurisprudence du Conseil d'État, mais non sans demander pardon au public d'abuser de sa patience. Commençons par rappeler la marche de la législation et de la jurisprudence sur l'alignement.

Qu'il s'agisse de voirie urbaine, de voirie vicinale ou de grande voirie, il faut distinguer entre l'alignement individuel ou partiel et le plan général d'alignement. L'arrêté préfectoral qui classe un chemin vicinal ou le décret qui classe une route impériale constituent le plan général pour la voirie vicinale et la grande voirie. En ce qui concerne la voirie urbaine, les plans généraux sont proposés par les conseils municipaux et approuvés par le préfet. L'approbation est donnée par le préfet en vertu du décret du 25 mars 1852, tableau A, n° 50. Avant le décret de décentralisation, cette homologation appartenait au chef de l'État en Conseil d'État, conformément à l'article 52 de la loi du 16 septembre 1807. Quels sont les pouvoirs du préfet? Peut-il modifier les propositions faites par le conseil municipal, substituer un plan qu'il jugerait meilleur à celui que le conseil municipal avait adopté, ou n'a-t-il qu'un droit limité à la faculté d'empêcher comme dans tous les cas où l'autorité locale agit sous la surveillance et non sous l'autorité de l'administration supérieure? Il est incontestable que si le changement ordonné par le préfet avait pour résultat d'augmenter la dépense, il y aurait excès de pouvoirs dans l'arrêté, puisque toutes les dépenses de la commune doivent avant tout être délibérées par le conseil municipal. L'autorité supérieure, quand elle règle un budget municipal, peut bien rejeter ou réduire les articles, mais non remplacer une dépense par une autre, de manière à substituer sa volonté à celle des mandataires élus de la commune. C'est ce qui a été jugé par un arrêt du Conseil d'État, en date du 27 mai 1863. D'après l'opinion

Digitized by Google

du ministre de l'intérieur, cet arrêt serait allé plus loin et aurait décidé que, s'il n'y a pas augmentation de dépense, le préfet pourrait modifier les plans généraux, et il est sûr que cette doctrine a été consacrée par les motifs, sinon par le dispositif de l'arrêt : « Considérant, y est-il dit, que le préfet pouvait, en vertu de l'article 52 de la loi du 16 septembre 1807, apporter au plan adopté par le conseil municipal les modifications qu'il jugerait utiles dans l'intérêt de la voie publique; mais que les modifications qu'il a cru devoir introduire dans le plan qui lui était soumis étant de nature à entraîner une augmentation de dépense de la commune, ces changements ne pouvaient être prescrits sans le consentement du conseil municipal, conformément à l'article 19 de la loi du 18 juillet 1837; que, dès lors, en l'absence de ce consentement, ledit préfet n'a pu, sans excès de pouvoirs, ordonner définitivement les modifications. » (Leb., 1863, p. 454.) Ainsi l'arrêté du préfet fut annulé uniquement parce qu'il ordonnait des modifications qui entraîneraient une dépense non consentie par le conseil municipal, et le droit de modifier le plan ne fut affirmé que dans les considérants. Cette doctrine ne se glissa pas subrepticement dans les motifs, car elle fut très-solidement combattue par le commissaire du gouvernement, M. l'Hôpital, dans des conclusions où la question est traitée à fond. (V. Lebon, 1849, p. 449, aff. *Estienne*.) Le Conseil d'État n'a pas persisté dans cette doctrine, et il vient de décider, le 7 janvier 1869 (aff. *commune de Bourg-le-Roi*), que, même lorsqu'il n'y a pas augmentation de dépense, le préfet n'a que le droit d'arrêter et non celui de modifier les propositions du conseil municipal. Cette solution est la seule qui soit conforme à l'économie de la loi du 18 juillet 1837, dont l'article 19 énumère les matières sur lesquelles l'initiative appartient au conseil municipal. Or, l'alignement est compris dans cette énonciation. D'un autre côté le Conseil d'État avait toujours décidé que, pour la suppression d'une rue, le préfet ne pouvait qu'approuver ou rejeter la délibération du conseil de la commune sans avoir le droit d'apporter des modifications au projet; n'y avait-il pas contradiction à décider que cependant il pourrait modifier le tracé proposé si, au lieu de suppression, il s'agissait d'alignement? Le nouvel arrêt a été rendu sur les conclusions

Digitized by Google

de M. L. Aucoc, commissaire du gouvernement; mais lui-même a tenu à faire remarquer que son prédécesseur, M. l'Hôpital, avait beaucoup fait en 1863 pour le triomphe de la bonne doctrine.

S'il existe un plan général, le maire ou le préfet sont tenus de délivrer les alignements individuels conformes aux lignes de ce plan; ils ont donc le droit de faire, soit avancer, soit reculer les riverains, si la voie publique doit être élargie ou rétrécie. Auraient-ils le même pouvoir en l'absence d'un plan général d'alignement? Un avis des comités réunis de l'intérieur et de législation avait décidé, le 3 avril 1824, que les maires avaient le droit, par un alignement individuel, de rétrécir ou d'élargir la voie publique, sauf recours devant le préfet, puis devant le ministre de l'intérieur et même devant le Conseil d'État, mais toujours seulement par la voie administrative. La doctrine de cet avis fut adoptée par la jurisprudence du Conseil en matière contentieuse ainsi que par la Cour de cassation, et elle resta dans la pratique jusqu'en 1862. Un décret du 5 avril 1862 (Leb., 1862, p. 290, aff. *Lebrun*) a décidé qu'à défaut de plan général les maires ne pouvaient pas, par un alignement individuel, faire varier la largeur de la rue et qu'ils avaient seulement le droit de délivrer un alignement conforme à l'état des lieux : « Considérant que si les maires chargés par la loi des 16-24 août 1790 de veiller à tout ce qui intéresse la sûreté et la facilité du passage sur les rues et places publiques de leurs communes, ont le droit de délivrer des alignements aux particuliers qui veulent élever des constructions le long et joignant lesdites rues et places, ces alignements ne peuvent avoir pour effet de procurer l'élargissement de la voie publique en dehors d'un plan régulièrement arrêté par l'autorité supérieure, soit pour l'ensemble des rues et places de la commune, soit pour une ou plusieurs de ces rues. » Cette jurisprudence a été confirmée plus tard par les arrêts des 31 mars 1865 (Leb., 1865, p. 380, aff. *Poncelet*); 5 mai 1865 (*ibid.*, p. 494, aff. *Gibaud*) et 21 mai 1867 (Leb., 1867, p. 498, aff. *Cardeau*). La solution qui n'avait d'abord été appliquée qu'à la voirie urbaine a depuis été étendue à la grande voirie par les arrêts des 10 février 1865 (Leb., 1865, p. 200, aff. *Sanmartin*) et 25 mars 1867 (Leb., 1867, p. 309, aff. *Valleran*). Enfin le Conseil d'État vient de

Digitized by Google

confirmer une fois de plus cette jurisprudence dans l'arrêt déjà cité du 7 janvier 1869, dans une espèce où le maire d'une commune (*Bourg-le-Roy*) avait délivré un alignement individuel qui aurait eu pour conséquence de rétrécir la voie publique. Le pourvoi était formé par l'ancien maire et par plusieurs membres du Conseil municipal : 1° contre l'arrêté du maire qui avait fixé l'alignement à suivre par un riverain de manière à rétrécir la rue en ce point; 2° contre un arrêté du préfet de la Sarthe qui avait approuvé, mais en le modifiant, un plan général proposé par le Conseil municipal. L'annulation du second de ces arrêtés, en plaçant les parties dans le cas où il n'y a pas de plan général, entraînait l'annulation du premier pour excès de pouvoirs. Remarquons que la recevabilité du pourvoi n'a pas été contestée quoiqu'il n'eût pas été formé par le propriétaire, mais par l'ancien maire et des conseillers municipaux. Nous croyons, en effet, que l'intérêt général de la commune et, d'un autre côté, l'intérêt éventuel que tout habitant a personnellement pour contester un alignement qui peut ultérieurement le toucher, suffisaient pour donner qualité aux demandeurs.

M. Serrigny, dans l'article qu'a publié notre Revue (livr. d'août 1869), s'est élevé contre la doctrine qui refuse au maire le droit de faire varier la largeur de la voie lorsqu'il n'existe aucun plan d'alignement. Il la signale :

1° Comme contraire au texte de l'édit de 1607, qui permet à l'autorité compétente pour délivrer l'alignement de redresser LES PLYS ET COUDES, ce qui implique le pouvoir d'élargir ou de rétrécir la rue, de l'élargir en certains points et de la rétrécir sur d'autres;

2° Comme contraire à l'intérêt général, parce que les riverains qui pourront construire à la limite ancienne prolongeront indéfiniment l'irrégularité, à moins que la commune ne les exproprie, ce qui entraînerait des dépenses dont le chiffre serait propre à décourager les projets;

3° Enfin comme contraire à la nature des choses et même à la signification grammaticale du mot *alignement*, qui signifie : *disposition sur la même ligne*. Or, le maire, s'il est obligé de se conformer à l'état des lieux, conservera les courbes et les lignes brisées, c'est-à-dire qu'il n'alignera pas. M. Serrigny emprunte même une comparaison pittoresque au style des

Digitized by Google

revues militaires où, par *droit alignement*, on entend ordonner que tous les soldats se placeront sur le même rang et ne dépasseront pas la ligne de front.

Commençant la réfutation par la fin, nous ferons observer à M. Serrigny que sa comparaison mérite le nom de boiteuse comme toutes les comparaisons en matière juridique. En effet dans les revues militaires, le plan général ne fait jamais défaut et, par conséquent, les officiers ont toujours le droit de redresser les soldats qui ne l'observeraient pas. *Omnis comparatio in jure periculosa.* Mais passons à la partie sérieuse de l'argumentation de M. Serrigny.

Est-il bien vrai que sa doctrine soit, plus que celle de la jurisprudence, favorable à l'intérêt général? Le législateur n'a pas voulu qu'un plan d'alignement, précisément parce qu'il intéresse tout le monde, fût arrêté par le maire seul; il l'a entouré de nombreuse garanties afin que tous les intéressés pussent faire entendre leur voix et demander les modifications qui leur paraîtraient être nécessaires ou utiles. Lorsque le plan est dressé par un homme de l'art, on procède à une enquête *de commodo et incommodo;* puis le conseil municipal est appelé à délibérer, et enfin ce projet ainsi instruit est soumis à l'approbation du préfet. On entend les intéressés et on demande le concours du conseil municipal et du préfet. Eh bien! toutes les précautions qu'un législateur sage a prises seraient anéanties si la doctrine de M. Serrigny prévalait. Sans travail technique, sans enquête, sans délibération du conseil municipal, sans homologation préfectorale, le maire aurait le moyen de faire à sa guise un véritable plan. Est-il croyable que l'intérêt général soit mieux servi par la volonté d'un homme seul que par le concours de ces autorités multiples? Est-il admissible surtout que le même législateur ait d'une main entouré la confection du plan général de formalités et de garanties nombreuses tandis que de l'autre il aurait ouvert la porte à toutes les fantaisies du maire? Qu'on ne dise pas que l'alignement individuel n'a pas la même importance qu'un plan et que dès lors il n'y avait pas lieu de le soumettre aux mêmes formes. Il est impossible que le maire, quand il rétrécit la rue ou qu'il l'élargit, n'obéisse pas à un système et n'applique pas un plan de sa façon, caché ou avoué. Autrement l'ordre de reculer contenu

Digitized by Google

dans son alignement serait tout à fait arbitraire, ce qui serait encore plus difficile à défendre. On avait d'abord pensé à faire une distinction entre le cas où l'alignement serait commun à plusieurs maisons et celui où il n'en comprendrait qu'une seule, d'exiger dans le premier que, pour faire varier la largeur de la voie, il y eût un plan général, tandis que dans le second les pouvoirs du maire suffiraient pour prescrire le reculement. Mais cette subtilité a été vite abandonnée parce que l'arrêté, même borné à un seul riverain, implique une direction et que, par la force de la logique, il détermine pour les autres intéressés, aussi bien que pour celui qui est directement touché, la largeur que la place ou la rue auront au droit de leurs propriétés.

Nous reconnaissons cependant que la ligne à laquelle obéit le maire n'a pas la même force que si elle était portée sur un plan général; mais cette concession confirmera de plus fort notre opinion. En effet, cette direction pourrait être changée par le successeur du maire. Or il arrive souvent qu'un maire est remplacé par son ennemi et que le successeur aime à détruire tout ce que son prédécesseur avait fait. Le maire lui-même pourrait changer d'avis et, pour peu qu'un parent ou qu'un ami réclamât, il ne se montrerait pas inflexible. On verrait alors sans doute la rue plus large sur un point que sur un autre, et il y aurait à distinguer les maisons des amis et celles des ennemis du maire en fonctions. Ainsi les rues resteraient tortueuses, et les pouvoirs de l'autorité municipale n'auraient pas procuré le redressement des *plys et coudes;* les plys et coudes auraient seulement été reportés plus loin. Un plan d'alignement, au contraire, est un titre durable qui oblige successivement tous les maires, dont les intéressés, qu'ils soient amis ou ennemis, peuvent exiger l'observation. Les communes où il y en a un n'ont pas à craindre les caprices des municipalités qui se succèdent, et il serait bien désirable que la plus petite commune eût le sien.

L'article 52 de la loi du 16 septembre 1807 limitait aux *villes* la confection d'un plan général d'alignement; mais la loi municipale du 18 juillet 1837, article 19, § 7, donne, sans distinction, aux conseils municipaux l'initiative pour « l'ou« verture des rues et places publiques et les projets d'aligne-

Digitized by Google

« ment en matière de voirie municipale. » Cet article implique donc que toutes les communes, quelle que soit leur population, peuvent avoir un plan d'alignement. Ce qui jusqu'à présent a empêché un grand nombre de communes de le faire dresser, c'est l'obligation de dépenser une somme hors de proportion avec les ressources dont elles disposent. On pourrait facilement, selon nous, porter remède à cette situation. Un employé à traitement fixe, qui s'occuperait exclusivement de cette besogne, aurait en quelques années dressé les plans généraux de toutes les communes d'un département, d'autant mieux que dans la plupart on ne rencontrerait aucune difficulté. Une fois le travail terminé, l'emploi créé pour le faire pourrait être supprimé, de sorte que cette dépense ne serait que temporaire. Elle serait supportée par les communes intéressées proportionnellement aux recettes de chacune. Cette répartition n'est pas sans précédent et nous en pourrions citer une analogue, celle du traitement des commissaires de police cantonaux.

En attendant cette amélioration, nous trouvons préférable de conserver l'état des lieux partout où il n'y aura pas de plan général; cette règle, parce qu'elle est une règle, nous offre plus de garanties que la décision d'un maire qui peut être remplacé ou changer d'avis. Nous sommes surpris que M. Serrigny, qui a le sentiment du droit individuel et la crainte de l'arbitraire, ait critiqué une jurisprudence si conforme à l'esprit dont il est ordinairement animé. C'est le même étonnement qu'exprimait devant le Conseil d'État, M. l'Hopital, commissaire du gouvernement, lorsqu'en 1865 il donna ses conclusions dans l'affaire *Sanmartin*. « Oui, disait-il, le Conseil d'État se préoccupe des droits et des intérêts de la propriété. Non, le Conseil d'État ne déserte pas les droits de l'administration ni les intérêts publics. Et ce n'est pas sans un véritable étonnement que nous voyons, dans les plus sérieuses publications de droit administratif, des jurisconsultes entre les plus autorisés et les plus éminents faire au Conseil d'État un grief de cette tendance qui devrait être surtout la leur, de ce respect du droit privé dont ils sont plus que nous les organes naturels, de cet esprit de conciliation qui honore l'administration et la sert en l'honorant. » (V. Lebon, 1865, p. 201, note.)

Digitized by Google

II.

Nous avons mieux compris les objections que, dans le même article, M. Serrigny a faites sur la jurisprudence en matière de délimitation des cours d'eau navigables ou flottables.

Le Conseil d'État a, dans ses derniers arrêts, par un retour favorable au droit de propriété, tempéré sa doctrine sur les pouvoirs du préfet relatifs à la fixation du lit des rivières. Il avait jugé pendant longtemps que l'arrêté du préfet, quand il déterminait la largeur des cours d'eau navigables et flottables, étant déclaratif, il n'y avait pas de recours à exercer par la voie contentieuse et que la délimitation était un acte d'administration pure. Quelle était donc la position du propriétaire dont le champ avait été englobé dans le lit du fleuve? Il pouvait demander au ministre de réformer l'arrêté du préfet; mais là s'arrêtait son recours, et il ne pouvait pas se pourvoir au Conseil d'État. Avait-il mieux à espérsr de l'autorité judiciaire? Nullement; s'il demandait aux tribunaux d'être remis en possession, on lui répondait par l'acte administratif devant lequel les juges doivent s'arrêter, sous peine d'empiétement sur les fonctions administratives, ce qui est un cas de forfaiture (art. 127 C. pén.). Le principe de la séparation des pouvoirs ne permettait donc pas qu'on accordât gain de cause au propriétaire alors même qu'il aurait prouvé jusqu'à l'évidence son *jus possidendi*. Pouvait-il au moins obtenir une indemnité? La Cour de cassation avait adopté une jurisprudence qui lui accordait cette réparation pécuniaire. Il est vrai que l'indemnité n'était pas en opposition avec l'exécution de l'arrêté du préfet, mais elle était inconciliable avec le caractère déclaratif que la jurisprudence du Conseil d'État attribuait à cet acte; car si par l'arrêté de délimitation il était jugé que la largeur du fleuve avait toujours été telle qu'elle avait été fixée par le préfet, l'indemnité accordée par les tribunaux aux riverains allait contre la chose jugée administrativement. Il était impossible cependant de refuser un juge au propriétaire qui, à tort ou à raison, soulevait une question de propriété. Le vice de la doctrine fut démontré au Conseil d'État dans quelques affaires où la réclamation du riverain paraissait être fondée,

Digitized by Google

et c'est cette lutte du droit, manifestement violé, aux prises avec la jurisprudence, qui détermina un changement considérable. D'après la jurisprudence modifiée, les arrêtés préfectoraux peuvent être attaqués pour excès de pouvoirs par les propriétaires dont les biens ont été englobés dans le lit de la rivière. Le Conseil d'État, s'il reconnaît que la réclamation est fondée, annule l'arrêté *parte in quâ*, ordonne que la parcelle sera relâchée et le propriétaire ne peut plus désormais être dépossédé qu'en suivant les formalités de l'expropriation pour cause d'utilité publique. Tout est pour le mieux si l'arrêté est annulé et le réclamant remis en possession. En se plaçant au point de vue d'une décision semblable, M. Aucoc, dans sa discussion avec M. Christophle, a pu dire que le Conseil d'État traitait la propriété privée mieux que la Cour de cassation; car celle-ci n'accorde qu'une indemnité tandis que le Conseil fait rendre la propriété même, ce qui permet au propriétaire de faire fixer son indemnité par le jury. Oui, mais il faut voir le revers de la médaille. Supposons que le pourvoi soit rejeté, la question de propriété est définitivement jugée par le Conseil d'État, c'est-à-dire qu'elle est distraite des tribunaux, *ses juges naturels*, pour être déférée à une juridiction de l'ordre administratif. Cette solution n'est-elle pas, à son tour, contraire au principe de la séparation des pouvoirs? Remarquez que si le pourvoi est rejeté, le propriétaire ne pourra même pas demander une indemnité au tribunal parce qu'il est jugé que la propriété ne lui appartient pas et que, par conséquent, il ne saurait y avoir lieu à lui en payer le prix. Aussi ne manquerait-on pas d'élever le conflit si un tribunal était saisi d'une demande d'indemnité par le riverain, Nous reconnaissons que le Conseil s'est montré soucieux du droit des propriétaires en admettant l'annulation pour excès de pouvoirs de l'arrêté de délimitation; il a donné un juge — et un juge que je tiens pour excellent — au propriétaire qui, d'après l'ancienne jurisprudence, n'en avait aucun. Mais ce progrès ne suffit pas; il est évident que l'ordre des juridictions est interverti et que les choses ne seront pas dans leur état naturel tant qu'une question de propriété sera portée devant d'autres juges que le tribunal civil et la Cour impériale. Selon moi, il faudrait accorder les garanties suivantes à la propriété :

1° Le pourvoi pour excès de pouvoirs contre l'arrêté de

Digitized by Google

délimitation; s'il était annulé, la parcelle rendue au propriétaire ne pourrait être prise qu'en vertu d'un décret déclarant l'utilité publique;

2° Le droit de faire *reconnaître* la propriété par un jugement qui *constaterait* le droit, mais, s'arrêtant devant l'acte administratif, n'ordonnerait pas la mise en possession du riverain;

3° Le droit reconnu, les parties seraient renvoyées devant le jury d'expropriation pour la fixation de l'indemnité. De cette manière, chaque autorité conserverait ses attributions: le Conseil d'État jugerait l'acte administratif en maintenant ou annulant l'arrêté de délimitation. Le tribunal jugerait la question de propriété dans la mesure de ce qui est possible en présence de l'arrêté de délimitation. Le jury d'expropriation s'occuperait de l'indemnité, comme il la fixe en cas d'alignement lorsque déjà le sol est attribué à la voie publique[1].

Nous espérons que le mouvement de la jurisprudence du Conseil d'État la conduira prochainement jusqu'à la solution que nous venons de formuler. A. BATBIE.

DE LA RÉPARTITION DES EAUX EN MATIÈRE D'IRRIGATION[2],

Par M. DE SAINT-MALO,
avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation.

Pour bien connaître ce sujet important, l'administrateur et le jurisconsulte doivent envisager deux situations différentes, qui sont celles-ci : 1° les riverains d'une eau courante à satisfaire et à régler suivant leurs droits et leurs besoins (art. 644 C. Nap.); 2° les tenanciers associés d'un territoire, à satisfaire et à régler, après concession d'un volume d'eau faite à l'association. Dans la première situation on a devant soi des droits acquis de toute nature, qu'il faut nécessaire-

[1] Nous adopterons la même doctrine en ce qui concerne la délimitation du rivage de la mer à l'embouchure des fleuves, par le chef de l'État, d'après la loi du 21 février 1852, d'autant que l'article 2 réserve expressément *les droits des tiers*.

[2] Voy. notre étude, *suprà*, p. 1 et suiv.

Digitized by Google

ment respecter, et contre lesquels l'administration ne peut rien. Dans la seconde le champ est libre, on opère comme sur une table rase et l'on n'a qu'un but, celui de faire parvenir à chacun le volume auquel tous ont un droit égal. Si dans le second cas on est délivré des difficultés qui encombrent le premier, on s'y trouve aux prises avec des difficultés d'un autre genre et qui tiennent, soit au grand nombre des intérêts à pourvoir, soit aux abus qu'il faut prévoir ou réprimer, soit aux mesures à prendre pour les jours de pénurie.

Nous parlerons donc séparément du partage des eaux courantes entre riverains et du partage entre tenanciers syndiqués, des eaux d'un canal d'irrigation.

I.

Règlements sur les eaux courantes.

L'article 644 reconnaît le droit d'usage des riverains, c'est-à-dire de ceux dont la propriété borde une eau courante, expressions qui impliquent l'idée d'une contiguïté. On a considéré que la propriété contiguë est exposée en première ligne à l'action des eaux. On aurait bien dû considérer aussi que les fonds non riverains y sont exposés en seconde ligne, ne sont souvent séparés du cours d'eau que par une mince bande de terrain, quelquefois un chemin public et que lorsqu'il s'agit d'entreprendre et d'entretenir les travaux d'endiguement ou de défense, on y fait contribuer les terrains de la seconde ligne et des lignes subséquentes.

N'importe; il faut bien accepter puisqu'ainsi le veut la loi interprétée dans ce sens par la doctrine et la jurisprudence, le système qui consiste à ne reconnaître le droit à l'eau qu'aux fonds contigus. La condition de riveraineté étant essentielle, M. Pardessus signale avec raison et non sans douleur, cette conséquence, que si le fonds est partagé ou vendu par parties à divers acquéreurs, les portions non riveraines auront perdu l'usage des eaux [1]. Par une raison de même nature, celui qui à une bande riveraine adjoindra par acquisition de vastes terrains, acquerra par cela seul le droit d'irrigation [2].

Nous avons précédemment montré que grâce à la loi du

[1] *Servitudes*, t. I, p. 264.

[2] Cass., 24 janvier 1865; S., 65, 1, 62.

Digitized by Google

29 avril 1845, le riverain dont la terre est en contre-haut, peut pratiquer sa prise en amont et traverser les fonds intermédiaires. Cette loi vient également au secours de celui qui en pratiquant sa prise en amont va en droit soi, ne peut rendre les eaux dans le fleuve. Il a la servitude d'écoulement. Il faut d'ailleurs remarquer que l'obligation de rendre les eaux à leur cours naturel ne pèse que sur le fonds traversé. La supposition qu'elle pèserait également sur les simples riverains est toute gratuite. Cette obligation n'est pas dans la loi. On n'aurait pu l'y inscrire sans rendre par là même toute irrigation impossible. Si elle existe, elle est évidemment subordonnée aux nécessités résultant de la situation des lieux [1].

Toujours est-il qu'avec la meilleure volonté du monde, le nombre des ayants droit dans le système de l'article 644 est très-restreint. En présence d'une disposition qui n'accorde l'usage qu'à eux seuls, nous comprenons que les riverains se soient crus propriétaires du cours d'eau. L'article 644 était bien fait pour les entretenir dans cette illusion. A cette première catégorie d'ayants droit, il faut joindre les usiniers qui figurent souvent comme parties prenantes dans les règlements. En général l'importance d'un moulin à blé, à papier ou à sciage de bois, n'est pas comparable à celle d'une œuvre d'irrigation. Les 600 litres nécessaires au mouvement d'une usine peuvent arroser 1,000 ou 1,200 hectares. Mais les usines sont nécessaires; les moulins doivent être à la portée des populations. Enfin, l'eau sortant des roues n'est pas perdue pour l'agriculture, et rien n'est plus facile, comme on le verra que de combiner la marche de l'usine avec l'irrigation des terres situées en amont et en aval.

Un troisième ayant droit sera le non-riverain (individu en association), auquel une concession d'eau est faite par l'administration. Nous avons pris à dessein l'hypothèse d'une situation complète pour qu'on se rende bien compte des difficultés. A la vérité, le troisième usager n'est pas un rival redoutable pour les deux premiers. Sa position de non-riverain n'ayant droit qu'au superflu, lui inflige dans le règlement général un rang subordonné, que les décrets de concession

[1] Cass., arrêt précité du 24 janvier 1865; *id.*, 8 novembre 1854; S., 55, 1, 49.

Digitized by Google

déterminent à l'aide de mesures spéciales. Elles consistent tantôt dans cette clause : qu'en tête du canal d'amener sera établi un bassin de distribution tant pour effectuer la prise nouvelle que pour restituer à la rivière, préalablement à toute dérivation, le volume afférent aux arrosages inférieurs; tantôt dans cette autre clause : Que les prises d'eau seront fermées sur l'ordre du préfet toutes les fois que cette mesure sera reconnue nécessaire pour assurer les droits des anciens usagers [1].

Les copartageants étant connus, la première question qui se présente est de savoir à qui le droit de faire les partages ou règlements d'eau. En pareille matière la compétence des tribunaux est des plus limitées; elle n'est appelée à s'exercer que s'il s'élève des contestations entre usagers, auquel cas, dit l'article 645, ils doivent concilier l'intérêt de l'agriculture avec le respect dû à la propriété, mais sous la réserve des règlements particuliers et locaux sur le cours et l'usage des eaux. Le vrai pouvoir réglementaire, celui qui procède par mesure générale, qui dispose pour tout ou partie d'un cours d'eau, est dans les mains de l'administration. Mais de quelle administration? De l'administration préfectorale ou de l'administration supérieure? Il y a sur ce point des obscurités qu'il importe de dissiper.

Le pouvoir réglementaire des préfets sur les cours d'eau n'a pas toujours été bien compris. De leur droit incontestable de prendre des mesures de règlements telles que les autorisations de barrage, la fixation des hauteurs d'eau, les établissements d'usines, les prises d'irrigation, on a conclu qu'ils avaient le droit de faire un règlement général et permanent d'irrigation, ou de partage des eaux. Qu'on ouvre les divers lexiques d'administration, on y trouvera comme stéréotypée cette maxime que les préfets ont dans leurs attributions les règlements d'eau. Aussi en ont-ils fait en grand nombre. Comment auraient-ils pu douter de leur compétence? La Cour de cassation considérait ces règlements comme légaux et obligatoires [2]. Le ministre des travaux publics les approu-

[1] Ord. royale du 20 mars 1845. Voy. dans Lebon, arrêt du Conseil du 2 août 1851 (ville d'Elne).

[2] Cass., 29 brumaire an IX; 10 janvier et 10 mars 1827; S., *Coll. nouv.* à leur date; 14 mars 1863; S., 63, 1, 413.

Digitized by Google

vait quand ils lui étaient déférés [1]. On citait à ce propos un arrêt du conseil du 3 juin 1818 [2], lequel reconnaît *à l'administration* le droit de faire ces règlements. Enfin le décret-loi du 25 mars 1852 semblait en consacrer la légalité dans la disposition du tableau D, n° 3, qui attribue aux préfets les autorisations sur les cours d'eau non navigables de tout établissement nouveau tel que moulin, barrage, *prise d'irrigation*. L'esprit si judicieux et si sûr de notre regretté confrère M. Dufour s'était laissé prendre à cet apparent concert de la pratique administrative, de la jurisprudence et du décret législatif. Mais par un arrêt récent du 26 août 1867 [3], le Conseil d'État a eu l'occasion de remettre toutes choses à leur place en rappelant les vrais principes et en fixant la portée, sur ce point, des décrets de décentralisation.

Il s'agissait dans l'espèce d'un arrêté préfectoral portant règlement de l'ensemble des usines et des prairies situées sur la *Savouraye* dans le département du Haut-Rhin. On cherchait précisément à justifier cet arrêté par cette considération qu'il statuait dans un but d'utilité générale, et l'on espérait par là le soustraire à une jurisprudence constante du Conseil d'État, laquelle annule pour excès de pouvoirs les arrêtés préfectoraux qui, sous prétexte de règlement statuent sur des contestations privées [4].

Le Conseil d'État a jugé que sous l'empire de la loi du 12-20 août 1790 et de l'arrêté du 19 ventôse an VI, c'est à l'administration supérieure qu'il appartient d'approuver définitivement les règlements sur les cours d'eau; qu'à défaut de règlement antérieur valable et d'usages locaux, le préfet était sans pouvoir pour procéder à la répartition. L'arrêt du Conseil a été rendu conformément aux savantes conclusions de M. de Belbeuf, commissaire du gouvernement. On rappelle dans ces conclusions un avis du Conseil d'État du 2 nivôse an XIV, approuvé par l'empereur, qui pose en principe que tout règlement général pour la police des rivières et l'irrigation des prairies est soumis à l'approbation impériale; un autre avis

[1] 3 juin 1818, de Guestier; *Recueil* de Lebon.

[2] Conseil d'État, 19 mai 1864, Vidal.

[3] Lebon, 1867, p. 801, Bardot.

[4] Arrêt précité du 19 mai 1864; *id.*, du 19 juillet 1860, aff. Daurel; 27 février 1862, aff. Gougis; 3 mars 1862, aff. Dailly (*Recueil* de Lebon).

Digitized by Google

du Conseil d'État du 31 octobre 1817 portant : qu'il est à propos de consacrer par des ordonnances l'établissement des nouveaux moulins et autres usines *ainsi que tout règlement général concernant un cours d'eau dans son ensemble;* et enfin la jurisprudence de la section du contentieux. Le décret de 1852 aurait-il conféré au préfet le droit de réglementation générale et permanente qui exigeait autrefois l'intervention de l'autorité souveraine? Non, répond l'honorable magistrat. Le décret du 13 avril 1861 a levé les incertitudes qu'avait pu faire naître le décret de 1852. Il attribue au préfet *la répartition entre l'industrie et l'agriculture des eaux des cours d'eau non navigables ni flottables de la manière prescrite par les anciens règlements ou les usages locaux.* L'économie du décret est celle-ci : quand il y aura lieu à une application spéciale, telle qu'autorisation ou règlement individuel d'une usine, d'une pièce d'eau, la compétence préfectorale est maintenue conformément au décret de 1852; mais s'il est question d'un acte général ou réglementaire, s'il est seulement nécessaire de faire entre l'industrie et l'agriculture une répartition des eaux, les préfets ne peuvent procéder à ces dispositions qu'à la charge de se conformer aux anciens règlements ou usages locaux. S'il n'y a ni ancien règlement ni usage local, aujourd'hui comme avant les décrets, *les mesures concernant le partage des eaux ou constituant un règlement général et permanent ne peuvent être prises que par le chef de l'État.*

Par là se trouve nettement tracé le cercle des attributions préfectorales. A défaut d'ancien règlement ou d'usage local il ne comprend pas les partages d'eau et les répartitions entre l'agriculture et l'industrie par voie de réglementation générale.

Nous avons dû insister sur ce point en présence d'une doctrine d'après laquelle à défaut d'usines intéressées dans le règlement, les préfets seraient compétents en vertu de la loi des 12-20 août 1790 et des décrets de centralisation. Elle est professée par l'auteur d'un excellent ouvrage sur le service hydraulique [1]. On doit croire qu'elle est encore la doctrine du ministre des travaux publics, malgré l'arrêt du Conseil que nous avons cité. On invoque, il est vrai, dans le sens de

[1] M. de Passy, ingénieur des ponts et chaussées. Dunod, éd., 1860.

Digitized by Google

cette doctrine deux arrêts des 19 juillet 1860 et 29 janvier 1863 [1].

On ne s'explique pas d'abord comment la participation d'une usine au règlement serait la seule cause de l'intervention de l'administration supérieure. L'intérêt d'une collectivité d'arrosants est un intérêt tout aussi grave, tout aussi complexe pour le moins, et dès lors plus que suffisant, d'après les conclusions précitées et la jurisprudence à laquelle elles se réfèrent, pour motiver le règlement d'administration publique. Le décret de 1852 confère aux préfets les prises d'irrigation; ce n'est pas leur conférer les partages d'eau. Quant au décret du 13 avril 1861, il précise les attributions des préfets comme répartiteurs, en les limitant à un partage entre l'industrie et l'agriculture. Si, comme on le prétend, le décret de 1852 leur avait attribué les partages d'eau, la disposition précitée du décret de 1861 eût été un non-sens, puisqu'elle leur aurait accordé par une attribution spéciale ce qu'ils avaient déjà par une attribution générale. Et non-seulement il a fallu un texte pour leur conférer cette attribution spéciale, mais encore le décret l'a soumise à l'obligation de se conformer aux anciens règlements ou usages locaux.

Les arrêts de 1860 et de 1863 seraient-ils en opposition avec le dernier arrêt du 26 août 1867 précédé, comme on l'a vu, d'une discussion si complète et si approfondie? Nous ne le pensons pas.

Dans l'affaire Danzel, le préfet avait fixé la hauteur et les formes des appareils régulateurs du barrage et disposé en outre que les irrigations n'auraient lieu que pendant vingt-huit heures de la semaine. Dans l'affaire Couverchel, le préfet avait prescrit la substitution d'une irrigation unique de quarante heures par semaine, aux deux irrigations de vingt-quatre heures chacune dont jouissait le riverain. Dans les deux cas, les mesures étaient légales si elles étaient prises dans un but d'utilité générale; entachées d'excès de pouvoirs si elles n'avaient pour but que de faire droit à des réclamations privées. Il est impossible de voir dans le droit de régler un barrage et une prise, alors même que ces mesures individuelles se rattacheraient à des idées d'ensemble sur la police

[1] *Recueil* de Lebon, 1860 (Daurel); 1863 (Couverchel.

Digitized by Google

des cours d'eau, le droit de procéder à un règlement général. Ces décrets confient aux préfets les prises d'irrigation et par suite le droit d'en déterminer les formes, le régime et les modifications jugées nécessaires. La fixation même des heures d'arrosage est une des conditions de ce régime. Il ne serait donc pas juste de conclure de cet attribut spécial un droit pour les préfets de faire sur les cours d'eau des règlements généraux et permanents [1].

On dira peut-être que la juridiction du préfet serait préférable parce qu'on n'administre bien que de près. Mais cette considération ne nous frappe pas. La propriété, dans un débat qui la touche si vivement, accepterait le pouvoir des tribunaux; elle aimerait mieux encore, comme au cas d'une association syndicale, délibérer elle-même son règlement. Ces deux voies lui manquant également, ne nous étonnons pas qu'elle préfère un règlement précédé d'une instruction approfondie et qui lui assure l'examen du Conseil d'État. Ce principe, qui consiste à désarmer le pouvoir central pour investir les pouvoirs locaux, doit être appliqué avec mesure. Il est essentiellement inapplicable à nos yeux quand il s'agit de régler une généralité d'intérêts. Il faut alors *majores judices*.

Ce point de jurisprudence éclaici, nous reprenons notre hypothèse d'un partage à faire entre les divers ayants droit. Le concessionnaire, avons-nous dit, n'est pas à vrai dire un rival. Son propre titre l'assujettit à des conditions de nature à apaiser tous les droits anciennement établis ou reconnus par la loi.

Mais la théorie et la pratique ne sont pas la même chose. C'est une difficulté dans les règlements d'eau, que de veiller à l'exacte observation des conditions imposées à des concessionnaires. Si l'eau abonde, il n'y a pas d'intérêt. Malheureusement il est des cours d'eau torrentiels qui ne contiennent, aux trois mois d'étiage, qu'un volume insuffisant pour tous. Si la prise nouvelle est à une grande distance des prises situées en aval, la surveillance et la rigoureuse observation du décret offriront des difficultés telles qu'il serait peut-être préférable, pour le cours d'eau dont les jaugeages consécutifs auraient démontré l'insuffisance normale en

[1] Voy. arrêt du Conseil du 26 août 1865 (canal d'Alaric).

Digitized by Google

temps d'étiage, d'ordonner dans le décret la fermeture de la prise nouvelle pendant ce temps. Reste le partage à faire pour les arrosants entre eux et pour les usiniers, dans leur rapports avec les arrosants.

L'administration n'est pas libre de refuser aux riverains l'usage des eaux; mais ceux-ci sont obligés de s'adresser à elle pour opérer la prise et placer le barrage. Elle en doit donc fixer la dimension, les formes, l'emplacement. Son droit ne va pas plus loin, en ce sens qu'elle ne pourrait, même dans un intérêt d'aménagement des eaux, imposer aux riverains la construction d'un canal commun. En ce qui concerne les usines, elle n'aurait pas même le droit de prescrire la substitution à un vieil engin, d'un autre système exigeant un moindre volume d'eau.

L'administration enfin est tenue de respecter les droits acquis par titre ou par prescription. Si elle ne le faisait pas, comme ses actes ne peuvent porter atteinte aux droits des tiers, elle s'exposerait a les voir infirmés ou paralysés par des décisions judiciaires. Malgré toutes ces restrictions, le règlement aura encore un champ assez vaste d'utilité.

Et d'abord, conçu dans un système d'ensemble, il y subordonnera les droits de chacun, d'après ses titres et ses besoins. Ses dispositions les plus importantes porteront naturellement sur le volume à délivrer aux ayants droit et la marche des usines. Quant au volume, nous avons déjà dit que la base d'un litre, par seconde et par hectare, était adoptée comme maximum par l'administration, pour satisfaire à un arrosage hebdomadaire. Ceci implique l'intermittence des prises, intermittence souvent exigée à un autre point de vue, à savoir les besoins des usines. Et en effet, si le débit de la rivière est limité, surtout dans les mois de juin, juillet et août, au lieu de partager, par parties correspondantes, l'entier volume, entre les arrosants et les usiniers, ou entre les arrosants eux-mêmes, mieux vaut répartir ce volume par semaine et par jour. Il n'est pas d'agronome qui ne considère comme préférable à l'arrosage de jour l'arrosage de nuit. Le jour étant nécessaire aux travaux de l'usine, la nature semble avoir elle-même établi la règle. On pourrait aussi réserver aux arrosants deux ou trois jours de la semaine, pour affecter les autres à l'industrie. Si le réglement consacre ce

Digitized by Google

système de période et de durée d'irrigation, la fixation d'un volume strict, soit pour l'arrosage, soit pour la force motrice, n'a plus de raison d'être. Il en est autrement si l'eau est répartie de façon à laisser à chacun, usinier ou arrosant, sa part correspondante et contenue dans le volume total.

Appliquées avec sagesse et une judicieuse appréciation des circonstances, ces diverses mesures seront assurément un bienfait. Quant à remédier absolument au mal, il n'y faut pas songer, l'administration n'ayant pas les pouvoirs suffisants. Rien de plus variable que les longueurs et les profondeurs des propriétés riveraines, relativement à un cours d'eau. Il faut cependant les satisfaire toutes, sans qu'on puisse leur imposer l'établissement d'une œuvre commune ; d'où la multiplicité des prises et des barrages, toutes causes de l'encombrement du lit et de la déperdition des eaux. En outre, si en raison de la surélévation notable de la rive, un barrage est même impossible, le riverain se trouve dans la triste alternative ou de n'arroser pas, ou de payer fort cher une prise en amont et la conduite d'eau à travers les fonds intermédiaires.

Les rédacteurs du Code n'avaient certainement pas vu le grand parti qu'on pourrait tirer des eaux courantes dans l'intérêt de l'irrigation. Ils en ont affecté l'usage aux riverains, à moins de titres ou de possessions contraires, ne se préoccupant même pas des moyens d'utiliser le droit concédé. Aussi arrive-t-il que sur un cours d'eau d'un certain parcours, los riverains qui arrosent dans les conditions de l'article 644, ne sont pas le grand nombre, et si l'irrigation y est développée, c'est que précisément les riverains auront été amenés par la force des choses à établir un canal commun et une œuvre commune. Lors de la discussion de la loi, en 1845, M. de Gasparin, justement frappé des inconvénients de l'art. 644 et de l'insuffisance de la loi nouvelle, leur indiquait ce moyen comme le seul correctif possible d'une situation vicieuse..

L'eau courante qui suit la ligne du thalweg occupe par là même une ligne absolument irrationnelle en matière de canaux d'irrigation. Un bon canal doit suivre les hauteurs accessibles de la vallée, pour de là se déverser sur les fonds arrosables ; sous le rapport des pentes et pour que l'eau arrive

Digitized by Google

à toutes les parcelles, il est même indispensable d'établir fort en amont du périmètre le canal d'amener. Faire d'une eau courante un canal d'arrosage est une idée fausse en principe. Telle est cependant la donnée économique de l'article 644, dont la conséquence nécessaire et fatale est que le cours d'eau ne profite pas même à tous les riverains, et traverse sans utilité bien grande un territoire qu'il pourrait vivifier. Nous avons indiqué le remède : il est dans le syndicat et l'association obligatoires.

II.

Règlements sur les canaux d'arrosage.

Que la concession soit faite à une association syndicale ou à un entrepreneur lié par un contrat envers cette association, le décret qui intervient, à cause de l'importance de l'œuvre et de son caractère d'utilité publique, arme le concessionnaire du droit d'expropriation. Il fixe le volume à dériver. Ce volume et le canal qui le contient constituent une propriété nouvelle qu'il importe de définir à raison des conséquences qui en résultent. Si c'était une propriété ordinaire, l'administration aurait épuisé ses pouvoirs par la concession, et il ne resterait plus aux intéressés qu'à gérer librement la chose commune. Il n'en est pas ainsi. La propriété privée n'a rien d'incompatible avec une affectation d'utilité publique. Les grands canaux de navigation concédés à perpétuité en offrent un exemple remarquable. Telle est aussi la nature du canal d'arrosage ; ce qui explique l'intervention de l'autorité administrative soit pour en opérer la création, soit pour en déterminer et en surveiller le régime, et en même temps l'obligation pour le propriétaire de ne pouvoir changer ou modifier une destination qui est la loi même de la concession[1].

Le système de la concession directe aux arrosants, est assurément préférable au système de la concession faite à un tiers entrepreneur. Mieux vaut que l'association bonifie du bénéfice que ferait cet entrepreneur; mieux vaut surtout qu'elle administre et gère sa propre chose. Un dualisme d'intérêts dans une même œuvre a toujours des inconvénients et des dangers. Grâce à nos institutions de crédit, aux lois qui

[1] Cass., 2 mars 1868 ; S., 68, 1, 245.

Digitized by Google

les régissent et aux subventions importantes consacrées par les départements et par l'État aux œuvres d'irrigation, une association de tenanciers doit toujours pouvoir se passer d'un entrepreneur concessionnaire. Telle est l'augmentation de valeur produite par l'irrigation, qu'une contribution aux frais d'établissement semble facile à supporter, alors surtout qu'on fractionnerait le payement par annuités. Une terre assurée d'un bon arrosage double aisément de valeur. Dans la *huerta* de Valence dont nous signalerons tout à l'heure les règlements d'eau, l'hectare non arrosé (*secano*) se vend 1,000 francs à peine; arrosé, il se vend 9 et 10,000 francs. En présence d'une telle augmentation, ou même d'un simple doublement de valeur et de produits, une contribution de 2 ou 300 francs au plus par hectare doit être acceptée par tous. En cas de concession à un entrepreneur la taxe va jusqu'à 30 et même 40 francs; elle est moindre pour les eaux de colmatage. Mais toujours est-il qu'elle affecte sensiblement le revenu, de telle sorte qu'à tous les points de vue les tenanciers ont intérêt à faire le canal eux-mêmes.

On trouve dans la concession du canal de Saint-Martory qui, d'après M. de Passy[1], sert aujourd'hui de type pour les concessions des canaux d'irrigation, une clause fort importante et que l'on doit également insérer dans les concessions faites aux associations de tenanciers, à savoir, que le droit à l'eau est inhérent à l'immeuble et le suit en quelques mains qu'il passe. Le principe de l'eau annexée à la terre régit les meilleurs règlements d'irrigation, et notamment ceux de Rio-Palencia, du Thuria et du Jucar, dans le royaume de Valence[2]. Il y est appliqué, non pas seulement en ce sens que nul ne peut vendre une terre sans vendre en même temps ses droits à l'eau, mais encore que nul ne peut vendre son eau isolément, ni même céder son tour d'arrosage. L'eau a été concédée pour la terre, elle la suit; si la terre n'en use pas, l'eau fait retour à la masse commune. Ce principe, qui a pour lui l'expérience de plusieurs siècles, est des plus utiles en ce qu'il prévient les contestations, les procès et le désordre dans la pratique de l'irrigation.

[1] *Service hydraulique*, p. 93.

[2] *Irrigations du midi de l'Espagne*, par M. Aymar, p. 36.

Digitized by Google

On voit souvent figurer, dans les concessions d'arrosage, une clause qui grève d'une contribution ou d'une taxe plus forte ceux qui ne souscrivent qu'après la promulgation du décret. Le but de cette clause est de pousser à la souscription. L'effet en est douteux. Le défaut de souscrire provient ou de la négligence ou d'un manque de confiance dans le succès de l'œuvre. L'œuvre une fois terminée, il est de l'intérêt de tous de faciliter les adhésions, et de ne leur pas opposer une taxation inique en elle-même et qui pourrait être un obstacle à l'association. Entre l'adhésion libre et l'association forcée, il faut choisir. La clause que nous critiquons est un hommage indirect à ce principe de l'association forcée, qui suivant nous est le vrai système; mais il ne nous paraît pas qu'elle conduise au but que se proposent ses auteurs.

Nous arrivons maintenant au règlement intérieur, et ici comme à l'occasion du partage des eaux courantes, nous avons à nous demander par qui ce règlement sera fait.

Le canal une fois construit et la dérivation concédée, une propriété véritable se trouve constituée, avons-nous dit, mais avec l'affectation prescrite par le décret. Il s'agit donc pour les intéressés de procéder au partage des eaux entre les propriétés respctives. A cet égard, ils trouvent dans le décret de concession une disposition d'après laquelle l'association est assujettie à tout règlement d'eau que l'administration jugera convenable de faire soit pour la répartition des eaux de la rivière entre les divers canaux alimentés par cette rivière, soit pour la répartition des eaux du nouveau canal entre les diverses parties du territoire qu'il doit desservir.

Il n'en est pas de cette seconde répartition comme de la première. La première est essentiellement l'œuvre propre de l'administration. La seconde est par la nature des choses l'œuvre des intéressés en leur qualité de propriétaires, sous le contrôle de l'administration, qui n'y intervient et n'y doit intervenir que pour rendre le règlement obligatoire en lui imprimant le caractère d'un acte de l'autorité publique. Revêtu de ce caractère, le règlement est protégé par l'art. 471, § 15, du Code pénal, qui en punit les infractions, et il forme obstacle à toute prescription contraire à ses dispositions [1].

[1] Cass., 3 août 1863; S., 63, 1, 413 pour les règlements sur les cours

Digitized by Google

La répartition des arrosants entre eux ne peut porter atteinte on le comprend, aux dispositions réglementaires que pourrait contenir le décret de concession. C'est ainsi que par le décret de concession du canal de Cadenet, l'association est tenue de rendre à la Durance, les eaux non utilisées par l'irrigation à l'extrémité inférieure du territoire de Puivert[1]. Sous cette réserve, l'association a la plus entière liberté d'action. Pour elle le problème à résoudre consiste à assurer de l'eau à chacune des parcelles syndiquées. Comment y parvenir?

Nous supposons que le canal d'amener ou porteur d'eau, les canaux principaux, secondaires, et les rigoles ont été établis dans des conditions normales parfaitement connues et appliquées par les hommes de l'art, afin de n'avoir à nous préoccuper que de la répartition du volume.

On peut réduire à trois les modes de répartition des eaux : le premier consiste à diviser le volume entre tous les ayants droit. Dans ce système chaque parcelle est munie d'un appareil régulateur par lequel elle reçoit son contingent.

Le second consiste à opérer par tour d'arrosage. Dans ce système, on délivre à la parcelle toute l'eau dont elle a besoin suivant son genre de culture.

Le troisième consiste également dans un système de rotation, mais avec cette circonstance que chaque parcelle n'a droit à l'eau que pendant un nombre d'heures ou de minutes déterminé proportionnellement à sa surface.

De ces trois systèmes, le premier serait assurément le plus commode, mais à la condition de disposer d'un volume considérable et de consentir à une déperdition constante de partie des eaux; son inconvénient grave éclaterait dans les temps de pénurie, où l'eau ne profiterait guère qu'aux arrosants rapprochés des têtes de canal.

C'est le système généralement pratiqué en Italie, et qu'y permet la rare abondance des eaux.

Le second a pour lui une expérience plusieurs fois séculaire. Nous devons en faire connaître les données principales.

d'eau, et Cass., 2 mars 1868 ; S., 68, 1, 245 pour les canaux d'associations d'arrosants et usiniers.

[1] Décret du 18 novembre 1854; *Annales des ponts et chaussées*, 1855, p. 179.

Digitized by Google

C'est le système suivi dans les deux grandes œuvres d'irrigation de la plaine de Valence, celle du Thuria et celle du Jucar, qui est l'objet, de la part de M. l'ingénieur Aymard et d'un autre savant, M. Jaubert de Passa [1], des études les plus intéressantes.

III.

Des arrosages en Espagne et en Italie.

Le *rio Thuria*, qui prend sa source dans les montagnes d'Aragon vient déboucher dans la plaine de Valence qu'il traverse dans la direction de l'ouest à l'est, suivant un parcours de 14 kilomètres, jusqu'à la mer. Huit prises d'eau sont échelonnées sur la rivière, dont quatre sur chaque rive. Ces huit prises, chacune avec son canal, correspondent à huit périmètres qu'elles sont chargées de desservir. Elles arrosent 10,500 hectares et font mouvoir 112 moulins à riz ou à farine. Les périmètres sont d'inégale superficie. Ainsi le canal de Moncade arrose 3,190 hectares, tandis que celui de la Rovella n'en arrose que 515. Mais le cours d'eau a été divisé entre les huit prises sur la base de 138 parties (*filas*), avec attribution à chaque canal d'un certain nombre de filas équitablement proportionné à l'étendue du périmètre. La *fila* ne représente pas une unité absolue, mais bien une partie aliquote du débit total, c'est-à-dire 1/138.

Le volume roulé par le Thuria est considérable : à l'étiage il est encore de 11 mètres cubes, ce qui donne près d'un litre par seconde et par hectare, comme moyenne des 10,500 hectares. Mais les pénuries n'y sont pas rares, à la différence du Jucar dont le volume se maintient toujours au-dessus de tous les besoins. Tant que règne l'abondance, les parties de chaque prise restent ouvertes et l'eau coule à pleins bords dans les canaux. En temps d'étiage, les canaux ne reçoivent que le nombre de *filas* qui leur revient à l'aide d'ouvrages régulateurs. Chaque canal correspond lui-même à des bras secondaires ou rigoles, ayant chacun leur zone parfaitement distincte, et leur transmet le volume d'eau par les vannes ou orifices à parois maçonnées. De ces bras ou ri-

[1] *Irrigations du midi de l'Espagne.— Irrigations chez les peuples anciens.*

Digitized by Google

goles, les uns reçoivent l'eau d'une manière continue, d'autres tels jour de la semaine seulement. Le tout est déterminé par les anciens règlements spéciaux à chaque canal.

« L'arrosage par chaque bras ou rigole, dit M. Aymar[1], commence par le premier champ à l'amont, et se continue sans interruption jusqu'au dernier pour recommencer ensuite à l'amont. Dans les bras intermittents, si toute la zone n'a pu être arrosée dans un tour, l'arrosage reprend au tour suivant par le champ qui vient immédiatement après le dernier arrosé. Le temps d'arrosage accordé à chaque champ n'a d'autre limite que les besoins de ce champ. C'est l'*atandador* ou inspecteur des tours d'arrosage, qui apprécie le moment où il faut retirer l'eau d'un champ pour la donner à un autre. Nul usager ne peut prendre l'eau lui-même ; mais il est tenu de faire l'arrosage. »

Ces quelques lignes résument clairement les traits caractéristiques des règlements des huit canaux du Thuria : à savoir la rotation et l'allivrement par l'inspecteur de la quantité d'eau nécessaire à chaque parcelle. Notons en passant que le système de rotation est absolu, à tel point que la parcelle qui n'use pas de l'eau à son rang, doit attendre un autre tour d'arrosage, étant de principe que l'eau ne rétrograde jamais.

A la suite des irrigations du Thuria, viennent les irrigations du Jucar. Ce cours d'eau qui prend aussi naissance dans la chaîne de montagnes séparative des deux bassins de l'Océan et de la Méditerranée, débouche dans la plaine inférieure de Valence au bourg d'Antella. Là, le Jucar est barré par un travail colossal qui porte ses eaux d'étiage dans un canal unique. Ce canal suit la ligne des coteaux, et fournit par des canaux secondaires l'eau nécessaire à l'irrigation du surplus de 18,000 hectares. Un jeaugeage du canal, fait le 18 juillet 1862 par M. l'ingénieur Aymar au-dessous du barrage, a accusé plus de 25 mètres cubes par seconde[2].

L'eau une fois entrée dans les canaux secondaires, c'est aux municipalités des communes à en assurer la distribution

[1] *Irrigations du midi de l'Espagne*, p. 48.

[2] Les arrosages du Thuria et du Jucar, institués par concession du roi don Jayme d'Aragon, datent du XIII[e] siècle.

Digitized by Google

entre les diverses rigoles [1]. Une fois entrée dans les rigoles, l'eau est mise à la disposition d'arroseurs publics chargés de faire les arrosages moyennant une faible répartition.

Le système à rotation est le même que pour les irrigations du Thuria ; on y applique aussi le principe de l'eau annexée à la terre et de la non-rétrogression. L'*atandador* du Thuria est remplacé sur le Jucar par un arroseur public. On voit quelle est dans ces irrigations du Jucar le grand pouvoir du dispensateur des eaux dans les bras et rigoles et même des arroseurs publics. Mais telle est l'abondance des eaux, la pénurie est si rare, qu'on n'a pas besoin d'une répartition plus exacte, et qu'on s'en rapporte à l'appréciation d'agents ayant une grande pratique des arrosages.

Sous ce rapport la réglementation du Jucar offre moins d'intérêt que celle du Thuria, sujet à d'assez fréquentes pénuries. Sur le Thuria, la pénurie (*el tandeo*) est proclamée par le tribunal des eaux. Si besoin est, les syndics composant ce tribunal, affectent alternativement les eaux pendant deux jours aux canaux des deux rives. Cette mesure prise, les inspecteurs de chaque canal, sous la surveillance du syndic, délivrent l'eau aux récoltes qui périclitent le plus, en première ligne aux chanvres, et subsidiairement à d'autres cultures considérées dans l'usage comme privilégiées.

Tel est l'ensemble du système. Sans nous livrer aux élans d'une admiration stérile, il faut nous demander ce qu'en France nous pouvons emprunter à une réglementation qui a pour elle la consécration du temps.

L'eau annexée à la terre? On a vu ci-dessus que l'administration des travaux publics insère ce principe dans ses décrets de concession. L'eau ne remontant jamais. Ce n'est là qu'une juste conséquence du principe de rotation; elle va de soi. Mais pouvons-nous importer en France le grand pouvoir d'appréciation créé par les règlements espagnols au profit de certains agents, pour les temps ordinaires et les temps de pénurie? Nous ne le pensons pas. Non assurément que ces dispositions soient mauvaises en elles-mêmes, une expérience six fois séculaire en prouverait plutôt la bonté, mais par d'autres raisons qu'il nous suffit d'indiquer.

[1] Ces communes sont au nombre de vingt-deux.

Digitized by Google

Les usagers des deux plaines de Valence ont pour leurs règlements et leur coutumes d'arrosage un respect traditionnel, sentiment qu'ils professent aussi à l'égard des autorités et des fonctionnaires institués conformément à ces règlements. Ils ont confiance dans les syndics nommés par eux, et dans les agents chargés des arrosages sous leur responsabllité pécuniaire qui n'est pas un vain mot. Le mécanisme fonctionne depuis des siècles et les plaintes sont rares. Nous doutons d'abord que le tenancier français s'inclinât aisément devant l'appréciation de l'agent préposé à l'arrosage dans les temps ordinaires. Il dirait toujours qu'il n'a pas reçu l'eau suffisante à ses besoins. Mais ce qu'il n'accepterait jamais, c'est d'être privé d'eau, en temps de pénurie, au profit d'une culture en péril ou de nature privilégiée. Il ne manquerait pas de suspecter la capacité ou l'impartialité d'un agent subalterne. Encore moins songerions-nous, on comprend pourquoi, à remettre le pouvoir discrétionnaire aux mains d'un agent administratif.

Il y a plus, c'est que notre système des concessions ne comporte pas dans la pratique un pouvoir de ce genre. En France nous mesurons le volume dérivé aux surfaces arrosables, de telle sorte que chaque parcelle est réduite *à priori* à son strict contingent. C'est au décret de concession à faire la mesure juste. La mesure faite, il faut répartir le volume eu égard aux surfaces, sans se préoccuper *du genre de culture.* D'où il suit que dans ce système, la seule répartition possible est dans la rotation avec fixation des heures d'arrosage pour chaque parcelle. En temps de pénurie, si l'eau par exemple est réduite d'un quart ou de moitié, chacun subira la même privation. Le propriétaire verra ce qu'il doit sacrifier dans sa culture et quelle culture il peut entreprendre à moindres risques. Ce sera l'égalité dans la misère, mais enfin ce sera l'égalité.

Quant à nous, c'est à regret que nous renonçons à l'introduction, dans nos règlements d'eau, d'un principe sage en lui-même et qui pourrait être utilement appliqué dans un vaste périmètre d'irrigation. Et en effet, un grand périmètre offre les cultures les plus variées, n'ayant pas toutes les mêmes besoins d'eau. Parmi ces cultures il en est, comme les céréales, auxquelles l'irrigation n'est pas indispensable,

Digitized by Google

quoique toujours utile, tandis que certaines cultures légumières succomberont à coup sûr avec une irrigation insuffisante. Sauver ce qui est en péril, négliger pour un temps ce qui ne périclite pas, c'est obéir aux règles du bon sens. La difficulté est de trouver une autorité assez incontestée et des administrés assez respectueux pour accepter les décisions d'un pouvoir discrétionnaire. Équité, sagesse au delà des monts; arbitraire, injustice en deçà! C'est ainsi qu'à raison de la différence des caractères et des traditions une même institution peut convenir à un peuple et point à l'autre.

Nous n'avons pas à rechercher en ce moment tout ce qu'on pourrait emprunter d'utile aux réglements espagnols sur la constitution des syndicats, leurs pouvoirs, leur administration et les fonctions des divers préposés. Nous ne parlerons que d'une institution particulière à certains règlements, à savoir le tribunal des eaux. C'est là une institution merveilleuse à nos yeux, et à laquelle on doit en grande partie le maintien du bon ordre dans ces grandes œuvres d'irrigation. Le tribunal des eaux de Valence est composé des syndics des divers canaux, au nombre de sept seulement, le syndic du canal de Cuart n'exerçant pas les fonctions judiciaires. Ces sept syndics-laboureurs, nommés en assemblée générale de chaque canal, tiennent une audience par semaine, et jugent sans frais, sans écritures et sans appel toutes les questions de fait et de police en matière d'arrosage. Les amendes fixées par les réglements pour chaque contravention varient depuis 11 fr. 80 c. jusqu'à 78 fr. 90 c. La décision est toujours exécutée à l'instant même. Si la partie refuse de comparaître, ce qui est très-rare, il en est tenu écriture par le notaire de l'œuvre, et le délinquant est déféré au gouvernement civil qui saisit le juge de première instance. Une telle institution est aussi vivace et respectée en Espagne qu'elle serait difficile à implanter en France [1].

[1] Les irrigations de la plaine de Valence ne sont pas les seules dignes d'être étudiées. Celles de Murviedro desservies par le Rio Palencia, et de Murcie desservies par le Segura, appartiennent au même système. Mais d'autres irrigations telles que celles d'Alicante, d'Elche, de Lorca en diffèrent notablement par la constitution en des mains différentes de la propriété des eaux et de la propriété de la terre. Les eaux se vendent à la

Digitized by Google

Mais en admettant, ce qui n'est pas, que le juge de paix français puisse suffire à la besogne aussi bien que les syndics-laboureurs, toujours est-il que les pénalités de l'article 471 du Code pénal, appliquées aux contraventions d'arrosage, sont ridicules à force d'insuffisance. La plupart de ces contraventions sont graves néanmoins par le trouble qu'elles causent dans l'ordre de l'irrigation. Et comme le dommage frappe une généralité d'intérêt, il serait naturel que l'amende, qui aurait ainsi un caractère réparateur, tombât dans la caisse de la communauté. Voilà un point qu'on ne saurait trop recommander à l'attention du législateur, occupé en ce moment de la préparation d'un nouveau *Code rural*.

A la suite des irrigations espagnoles, il serait à propos d'exposer le système des irrigations italiennes. Elles ont été l'objet, on le sait, d'une étude très-approfondie de M. Nadault de Buffon [1]; nous devons nous borner à en présenter les traits principaux.

L'article 420 du Code civil range les rivières et les torrents (i fiumi e torrenti) dans les appartenances du royal domaine. Les prises d'eau, individuelles ou destinées à des arrosages collectifs, ont donc indistinctement le caractère de concession. Si l'on prend la carte des arrosages dans les provinces du Piémont et de la Lombardie, on est émerveillé à la vue des nombreux canaux dérivés des grandes et petites rivières. Ces canaux sont tantôt la propriété de l'État, tantôt des communes, tantôt de simples particuliers ou compagnies. Ils ne sont pas l'œuvre et la propriété d'une association de tenanciers.

Pour en comprendre la réglementation il faut tenir compte d'un fait considérable : c'est que dans le voisinage des Alpes et des grandes chaînes de montagnes la fonte des neiges et des glaces est à la fois le régulateur et le pourvoyeur des cours d'eau. C'est au milieu des chaleurs tropicales, dit M. Nadault de Buffon, qu'on voit couler à pleins bords, au grand avantage de l'agriculture, les cours d'eau qui se for-

quantité, comme toute autre marchandise; mais la délivrance en est soumise à des règles de périodicité et de durée. M. l'ingénieur Aymar a compris ces arrosages dans son remarquable travail.

[1] *Canaux d'irrigation de l'Italie septentrionale.*

Digitized by Google

ment dans les hautes régions, ainsi pourvues de neiges perpétuelles. Telle est la situation privilégiée du Milanais, des autres provinces de la Lombardie, situées entre l'Adda et l'Adige et du Piémont. Heureux pays, où l'eau abonde précisément quand elle est le plus nécessaire.

Sous le bénéfice de cette grande richesse, on voit de suite que l'arrosage en Italie doit s'opérer d'une façon pour ainsi dire mécanique, résultat qu'obtiennent les hommes de l'art en plaçant le courant d'eau dans les meilleures conditions de régularité. Un tel système, qui a pour base l'abondance des eaux, permet les dérivations constantes et simultanées au profit des usiniers; il convient aux irrigations de grands domaines contenant des cultures qui exigent, comme les rivières, un arrosage perpétuel. Il serait, hélas! peu compatible avec notre système des concessions restreintes et nos pénuries trop fréquentes. Dans un pays de petites propriétés, et pour des cultures à arrosages intermittents, le système de la distribution par heure et par fractions de journées est si naturel qu'il fonctionne depuis des siècles, même en Piémont, sur certains canaux. Les articles 644 et suivants du Code civil y règlent les relations des propriétaires de canaux et des usagers, quant à la distribution des eaux. On distingue entre les prises continuelles et les prises intermittentes, dont l'usage est réglé par heures, par jour, par semaine, par mois ou de toute autre manière. La convention et la possession sont la règle entre les parties pour l'établissement des ouvrages régulateurs de la quantité d'eau; la loi n'intervient que pour y suppléer. Et comme il est impossible, même dans les pays les mieux dotés, de faire absolument abstraction de la pénurie, l'article 667 dispose qu'entre divers usagers d'un canal, le manque d'eau est supporté par ceux ayant titre ou possession plus récents, et à égalité de droits, par l'usager inférieur. Le principe de la vente des eaux y subsiste avec la conséquence naturelle, la garantie qui se traduit par une diminution de la taxe ou du prix de la concession, sauf tous dommages-intérêts, si le manque d'eau provenait du fait du propriétaire.

Dans des arrosages qui peuvent atteindre une aussi complète régularité, on comprend toute l'importance qui y occupent les arrosages d'art et les appareils de distribution. Quand

Digitized by Google

il suffit aux usagers de se partager dans des proportions définies l'entier volume des eaux d'un canal auquel tous ont un droit égal, on emploie le partiteur qui consiste en une pile très-aiguë établie sur le courant à partager. Mais si l'on veut arriver à l'exacte délivrance d'un volume vendu et payé, on a recours aux *modules*, ouvrages plus complexes que les partiteurs, et qui consistent dans l'établissement d'un orifice et d'un ouvrage régulateurs[1].

Le système italien est surtout utile à consulter pour l'ingénieur au point de vue des travaux d'art et pour le concessionnaire d'un canal qui disposerait d'un volume considérable et uniforme. La vente des eaux par quantités à l'aide d'un module, comme en Italie, ou par *kilos*, comme dans certains canaux espagnols qui sont aussi une propriété privée, est tout ce qu'il y a de plus simple et de plus rationnel à la fois. On y devrait faire de larges emprunts si notre agriculture avait à sa disposition des dérivations alimentées par les Doires, le Pô, le Tessin et l'Adige, ou si nos étiages étaient neutralisés par des réservoirs tels que ceux d'Alicante, d'Elche et de Lorca dans l'Espagne méridionale. Malheureusement il n'en est pas ainsi, et ne l'oublions pas, notre but est de favoriser les associations syndicales, qui en France sont encore le moyen le plus sûr et le plus pratique de créer les sources d'irrigation.

Il n'est en effet ni dans l'esprit ni dans les traditions de l'administration française de faire créer et gérer par l'Etat des entreprises industrielles. Nous suivons en ce point les idées de Colbert, qui malgré les protestations des domanistes de son temps, livrait le canal du Languedoc à l'appropriation privée, le devoir de l'Etat se bornant à favoriser, à protéger et à surveiller. Quant aux canaux d'arrosage construits en France par des compagnies, ils ne sont pas nombreux. Le rôle vraiment important appartient donc aux associations syndicales. Elles seules peuvent entreprendre sur tous les points du territoire des œuvres trop minimes pour tenter l'intervention d'un spéculateur. Cette spéculation leur appartient naturellement. Elle consiste, à l'aide d'une dépense modérée, à doubler et à tripler le produit et la valeur vénale des périmètres de petite étendue.

[1] Nadault de Buffon, t. I, p. 412 et 424, et l'article 642 du Code sarde.

Digitized by Google

IV.

Conditions des règlements d'eau.

Le lecteur qui aura suivi avec quelque attention cette étude critique a le droit de demander une conclusion, et qu'on lui indique les conditions principales que devrait contenir un projet de règlement dont l'adoption puisse être proposée à une association syndicale. Nous allons essayer de satisfaire cette légitime exigence.

N'oublions pas le point de départ qui consiste à utiliser, à l'aide du principe de l'association volontaire ou forcée, les nombreux cours d'eau qui sillonnent le territoire, et que M. Nadault de Buffon estime être de 300 en moyenne par département. Que l'œuvre ait pour objet 800 hectares, 100 hectares ou seulement 50, elle est digne de tout intérêt. Les petites œuvres multipliées valent les grandes si même elles n'offrent plus d'avantages, et la confection en est plus facile.

Les règlements d'eau qui régissent aujourd'hui nos contrées méridionales se sont plus ou moins inspirés des usages de l'irrigation valencienne, dont nous rappelons les traits principaux : l'arrosage par tour, la distribution de l'eau faite sous les ordres d'un préposé, le pouvoir discrétionnaire de ce préposé en temps ordinaire et en temps de pénurie. Ces règlements sont antérieurs à la législation nouvelle. S'ils sont entrés dans les mœurs et les habitudes des populations, il n'y aura qu'à s'en féliciter. Son maintien fera également l'éloge et des préposés qui les exécutent et des usagers qui s'y soumettent.

Mais il faut tenir compte d'un résultat considérable, dû précisément à la législation nouvelle, à savoir l'extrême division de la propriété par les partages de succession. Lorsque la propriété reposait sur un petit nombre de têtes ayant un intérêt à peu près égal, concourant dans la même proportion à la nomination des syndics et préposés à l'arrosage, ces règlements s'exécutaient sans soulever des plaintes sérieuses. Mais le morcellement de la propriété a profondément changé les situations. Nous avons sous les yeux un règlement de 1765 s'appliquant à 840 hectares. Ces 840 hectares, qui au jour du règlement appartenaient à quelques propriétaires, appartiennent aujourd'hni à 590 propriétaires dont 142 pos-

Digitized by Google

sèdent un hectare et au-dessus, et au total 819 hectares; et 448 possèdent des parcelles au-dessous d'un hectare, et au total 21 hectares. Voilà donc 590 parties prenantes à satisfaire dont les besoins sont laissés au pouvoir discrétionnaire du distributeur. En outre les syndics étant nommés par une assemblée générale de tous les tenanciers ayant chacun une voix, il en résulte que le pouvoir discrétionnaire est déféré par la majorité du nombre, et non par la majorité des intérêts, à des hommes de son choix.

Une telle situation ne peut durer; elle donne lieu à des froissements, et à des débats journaliers, de telle sorte que la modification de ce règlement et de tous ceux qui en ont adopté les bases est inévitable. L'administration est déjà saisie, et il faut qu'elle intervienne pour mettre un terme aux réclamations les plus vives et les plus passionnées.

On voit dans l'un de ces règlements une réserve, en cas de pénurie, au profit de certaines cultures maraîchères, réputées privilégiées. Mais on a dû bientôt y renoncer devant l'empressement des tenanciers à adopter ces cultures dans le but de s'assurer le privilége. C'est ce qui devait arriver dans un petit périmètre; c'est ce qui n'est pas à craindre dans une grande œuvre comme la *Huerta* de Valence, d'une superficie de plus de 10,000 hectares; car la loi économique d'après laquelle la production des denrées est en rapport avec les consommateurs, a pour effet d'établir un juste équilibre entre les divers genres de culture d'une même contrée. D'autres règlements ont réduit la préférence aux carrés de légumes nécessaires à l'usage de la maison. C'est là une disposition humaine et vraiment équitable. D'autres l'accordent aux bois taillis formant défenses contre les débordements d'une rivière ou d'un torrent. Rien de plus juste qu'une telle clause, fondée sur un motif d'intérêt public de premier ordre : la préservation d'une plaine entière. Mais sauf quelques cas particuliers tels que ceux qu'on vient de citer, le système des anciens règlements a fait son temps. Que de conditions ne faut-il pas trouver réunies dans le même homme pour l'exercice impartial et éclairé de son pouvoir discrétionnaire ! Et quand on songe que cet agent, syndic ou arroseur public, est appelé à en faire usage dans ces moments critiques, où le sort des récoltes est en jeu, et où naturelle-

Digitized by Google

ment chacun se croit plus en danger que son voisin, il est prudent de ne pas laisser peser sur un homme une telle responsabilité en lui confiant un tel pouvoir.

Les règlements modernes ont procédé différemment. En voici un exemple qui suffira pour nettement dégager, suivant nous, les vrais principes qui doivent présider à toute exacte répartition des eaux. Le règlement en question a opéré sur les données suivantes : un volume de 108 litres par seconde, et 216 hectares à arroser. Ce volume (un demi-litre par seconde et par hectare) suffit à un arrosage par semaine de l'entière superficie. A cet effet, l'arrosage a lieu par tour; il se continue de jour et de nuit sans interruption aucune ni distinction de jours fériés. Un état annexé au règlement indique les jours et heures d'arrosage de chaque parcelle. La semaine expirée, la rotation reprend son cours dans le même ordre.

Le règlement a vu avec raison qu'un volume de 108 litres ne pouvait être utilement porté sur des parcelles de faible surface, et que 54 litres étaient le maximum qu'un arroseur peut conduire avec fruit. Aussi a-t-il divisé le volume par moitié entre deux branches, ce qui donne deux jeux d'irrigation. Par suite, l'hectare qui avec 108 litres aurait eu 47 minutes et demi, en a 95 avec 54 litres seulement.

Le règlement emprunte aux arrosages espagnols la disposition qui oblige chaque parcelle à suivre rigoureusement son tour; il prohibe la cession de tour, sauf seulement au profit des deux parcelles venant après ou avant celle dont le tour est cédé.

Il est à remarquer que la distribution a laissé six heures de la semaine sans affectation; le règlement les alloue aux jardins pour une seconde irrigation, dont la durée est proportionnée a leur contenance.

Ce règlement, dont la sagesse est frappante, peut être aisément appliqué à des œuvres plus considérables, et il se prête aux modifications les plus diverses. Que l'on suppose un grand volume affecté à un vaste périmètre, il faudra d'abord diviser le volume entre plusieurs branches destinées à desservir des zones distinctes, afin d'établir ensuite sur chaque zone le système de rotation. Si le climat n'exige l'arrosage que tous les dix jours, tous les douze jours, ou tous les quinze jours, la rotation sera établie en conséquence. Le volume sera le

Digitized by Google

même, il n'y aura d'augmentation que dans la durée périodique, sauf à augmenter la zone si cette prolongation de durée est inutile. Avec ce système, si par l'effet des pluies ou l'abondance du cours d'eau auquel la dérivation est empruntée, le volume se trouve augmenté, chacun en profite; si au contraire, comme cela est arrivé dans le courant du règlement cité comme exemple, les deux branches se trouvent réduites à 12 litres chacune, la diminution est également supportée par tous, puisque chacun dispose du même volume pendant le même nombre de minutes. C'est, comme on l'a déjà dit, l'égalité dans l'abondance et dans la misère[1].

Les conditions d'un règlement entre associés se réduisent donc à ces quelques principes: l'eau annexée à la terre; la délivrance du même volume à chaque parcelle suivant une durée correspondante à sa superficie. Comme conséquence de ces principes, la non-rétrogression des eaux, et l'abandon à la masse, si l'usager ne veut pas arroser. Tout règlement qui s'en écartera conduira à des contestations et soulèvera des difficultés.

Nous avons vu des arroseurs protester contre le système des durées sur le motif que toutes les terres n'avaient pas les mêmes besoins; que celles à fond argileux ne nécessitaient pas le même arrosage que les terres ayant un sous-sol de gravier qui les rend particulièrement perméables. On peut, sans porter atteinte aux principes ci-dessus, donner à l'objection une satisfaction légitime.

La nature du terrain ne change pas, généralement du moins, d'une pièce à l'autre; elle varie par contrée ou sections de contrée. Si toutes les parcelles sont dans des conditions égales, on leur applique le même traitement, eu égard au volume dont l'association dispose. La difficulté naîtrait seulement au cas où, accidentellement, quelques parcelles de la même zone se trouveraient dans les conditions exceptionnelles de perméabilité. Évidemment, l'équité et l'égalité, qui sont l'âme de toute association, viennent au secours de ces parcelles, et exigent que le règlement leur alloue une prolongation de du-

[1] Copie de ce règlement nous a été transmise par un de nos agronomes les plus habiles et les plus expérimentés, M. Charles Lazerme, avec des observations très-précieuses sur son exécution.

Digitized by Google

rée supérieure à celle des autres. Cette difficulté serait donc résolue par le règlement.

Le jour où les tenanciers pourront recourir plus efficacement qu'aujourd'hui à l'association syndicale, le but de la loi du 19 avril 1845 sera atteint en grande partie, par le seul effort de la propriété privée. N'arriverait-on en moyenne qu'à vingt-cinq associations par département s'appliquant à un minimum de 200 hectares, qu'on aurait réalisé une irrigation de 445,000 hectares. L'obtention d'un tel résultat, assez vainement poursuivi jusqu'à ce jour, appelle la sollicitude de l'administration et du législateur. C'est au *Code rural* à nous venir en aide.

R. DE SAINT-MALO.

LES OPÉRATIONS QUI SE FONT SUR LES IMMEUBLES SONT-ELLES DES ACTES DE COMMERCE?

Par M. Eugène GARSONNET, agrégé à la Faculté de droit de Douai.

1. Je me propose d'étudier ici la nature des opérations qui se font sur les immeubles, de rechercher s'il y a quelque chose dans la nature de ces biens qui répugne à l'idée du commerce et si le caractère civil s'impose forcément aux spéculations immobilières, alors qu'ayant pour objet des meubles, les mêmes actes seraient évidemment commerciaux. Acheter un meuble pour le revendre ou le louer, c'est faire un acte de commerce; acheter un immeuble pour le revendre ou le louer, sera-ce toujours faire un acte civil? L'intérêt pratique de la question est considérable, car en déclarant que les opérations sont commerciales on admettra implicitement: 1° que le tribunal de commerce est compétent pour en connaître; 2° qu'elles peuvent s'établir par tous les modes de preuve indiqués dans l'article 109 du Code de commerce; 3° que celui qui s'y livre habituellement est commerçant, doit tenir des livres et publier ses conventions matrimoniales, paye patente, peut faire faillite, et que ses actes sont, jusqu'à preuve contraire, présumés commerciaux.

2. La question est nouvelle, au moins par son importance: elle ne s'était pas posée aux rédacteurs du Code de com-

Digitized by Google

merce ; ils ne paraissent même pas avoir soupçonné qu'elle pût naître un jour et surtout prendre une pareille extension. Au commencement du siècle, à part quelques entreprises sur les biens nationaux, on ne spéculait guère que sur les meubles, les déplacements de la propriété immobilière étaient rares et s'opéraient avec une lenteur étrangère aux affaires commerciales; la loi du 9 messidor an III, qui avait, disait-on, mobilisé le sol en permettant de prendre hypothèque sur soi-même au moyen de cédules transmissibles par endossement, était tombée sous une sorte de réprobation[1]. Les choses ont changé : l'esprit de spéculation, qui est celui du temps, a vite reconnu que les meubles et les immeubles peuvent donner lieu aux mêmes transactions ; il s'est emparé de la propriété immobilière, et grâce à lui, grâce aussi aux immenses travaux entrepris depuis 1852 par la ville de Paris, cette propriété est, de fait, entrée dans le commerce. Les arrêts se multiplient sur des espèces où les immeubles ont fait l'objet de combinaisons toutes semblables à celles qu'avait prévues en matière mobilière la loi commerciale; ils révèlent à chaque instant l'existence de nouvelles entreprises, formées presque toujours en société, pour réaliser sur les propriétés immobilières des bénéfices tels qu'en procurent les opérations commerciales. Je citerai parmi les exemples les plus récents la trop fameuse Société immobilière qui a bâti à Paris l'hôtel du Louvre et le Grand-Hôtel, et dans laquelle étaient fusionnées trois compagnies plus anciennes ; la compagnie de Rivoli formée pour acquérir et mettre en valeur l'ancien hôtel d'Osmond situé sur le boulevard, ainsi que les maisons et terrains situés entre le passage Delorme et la rue de l'Oratoire; l'entreprise de la rue Impériale de Marseille pour relier les deux ports de la Canebière et de la Joliette; enfin la Société des ports de Marseille formée pour acheter, mettre en valeur et revendre des terrains dont l'agrandissement des ports de Marseille avait augmenté le prix (tribunal de la Seine, audiences des 9 et 15 avril 1869)[2]. Je citerai encore la Société des ports de Brest semblable à celle des ports de Marseille;

[1] Rapport de M. Grenier au Tribunat sur le titre *des Priviléges et hypothèques* (Locré, *Législation civile*, t. XVI, p. 478-479).

[2] *Droit* du 19 avril 1869.

Digitized by Google

la Société foncière du port Saint-Louis-du-Rhône, pour mettre en valeur et revendre un domaine considérable situé à l'embouchure du Rhône (affaire pendante devant la Cour de Paris); enfin une société pour acheter, exploiter, mettre en valeur et revendre des immeubles désignés à Paris et Auteuil et autres qui pourront être acquis durant la Société (affaire également pendante devant la Cour de Paris). Je pourais multiplier ces exemples, mais on ne peut nier qu'il n'y ait aussi quelque chose de commercial dans les agissements des sociétés de Crédit foncier qui prêtent à l'agriculture et peuvent émettre, jusqu'à concurrence des sommes prêtées, des obligations ou lettres de gage, soit au porteur, soit nominatives et transmissibles par endossement (décret du 28 février 1852, art. 4-13). Chose remarquable, c'est la même opération qui avait paru monstrueuse en l'an III; seulement ce n'est plus le propriétaire, c'est le prêteur qui la fait.

3. Les immeubles sont impropres au commerce, c'est une doctrine traditionnelle : *Mercis appellatio ad mobiles res tantum pertinet*, dit Ulpien[1], et, pour les rédacteurs du Code Napoléon, la division des meubles et des immeubles n'est autre que celle des choses commerciales et non commerciales, c'est la pierre angulaire du droit commercial : « Les biens se « divisent en meubles et en immeubles; c'est la division la « plus générale et la plus naturelle. Les immeubles de chaque « pays sont communément possédés par les habitants, mais « les effets mobiliers, comme l'argent, les billets, les lettres « de change, les actions dans les banques et sur les compa- « gnies, les vaisseaux, toutes les marchandises appartiennent « au monde entier. La distinction des immeubles et des ri- « chesses mobilières nous donne l'idée des choses propre- « ment civiles et des choses commerciales. Les richesses « mobilières sont le partage du commerce, les immeubles « sont particulièrement du ressort de la loi civile.[2] » C'est pour cela, sans doute, que l'article 632 du Code de Commerce ne répute l'achat pour revendre acte de commerce que s'il

[1] D., L. 66, *De verb. sign.*, liv. 50, tit. 16.

[2] Portalis, *Discours préliminaire sur le Code civil* (Locré, *op. cit.*, t. I, p. 300).

Digitized by Google

s'applique à des denrées ou marchandises. De là les incertitudes de la jurisprudence entraînée d'un côté par le mouvement des affaires et retenue de l'autre par les textes et la tradition. Elle n'a cessé d'hésiter depuis un arrêt de la Cour de Metz, du 18 juin 1812, motivé énergiquement et dans le sens de la non-commercialité des opérations immobilières[1]; tout récemment encore, quatre arrêts rendus par la Cour d'Aix le 5 août 1868, ont déclaré commerciales les sociétés formées pour acheter des terrains et les revendre après construction[2], tandis que les Cours de Paris (15 février, 17 et 29 août 1868)[3] et de Dijon (19 mars 1868)[4] jugeaient le même point en sens contraire. Quant aux auteurs, ils sont presque unanimes à décider que les transactions relatives aux immeubles sont purement civiles; M. Troplong convient cependant qu'il y a une lacune dans la loi[5] et M. Demangeat, qui trouve la jurisprudence bien timide sur ce point quand elle l'est si peu sur les autres, voudrait que le législateur vînt proclamer la possibilité pour les immeubles d'être l'objet d'actes de commerce[6]. Plus hardis, mais en petit nombre, quelques-uns enseignent qu'on peut dès aujourd'hui et dans l'état actuel de la législation, ranger les immeubles au nombre des choses commerciales[7]; mais on peut dire que la doctrine contraire est en possession de l'opinion publique. Est-ce routine? est-ce raison? Je veux essayer de l'examiner.

4. D'abord qu'est-ce que le commerce? Si l'on s'arrête à la surface des choses, le commerce est « l'échange entre les « hommes des divers produits de la nature ou de l'industrie[8]. » Commercer, « c'est échanger, obtenir avec ce qu'on « fait une partie de ce que font les autres; c'est un acte

[1] Dalloz, *Rép. alph.*, v° *Acte de commerce*, n° 37.

[2] D., 68, 2, 209.

[3] D., 68, 2, 192 et 208; S., 68, 2, 333.

[4] S., 68, 2, 333.

[5] *Traité du contrat de Société*, t. I, n° 309.

[6] Sur Bravard, *Traité de droit commercial*, t. VI, p. 324.

[7] Beslay, *Commentaire du Code de commerce*, t. I, n° 107; Frémy-Ligneville, *Législation des bâtiments*, t. I, p. 7; Goujet et Merger, *Dictionnaire de droit commercial*, v° *Acte de commerce*, n° 80; Em. Ollivier, *Revue pratique*, 1856, t. I, p. 241. Je donnerai à propos des questions particulières, des indications plus complètes sur la doctrine et la jurisprudence.

[8] Littré, *Dictionnaire de la langue française*, v° *Commerce*.

Digitized by Google

« commun à toutes les classes de travailleurs[1]. » Mais, à s'en tenir là, tout acte serait commercial et tout le monde serait commerçant; il faut donc pénétrer plus avant et séparer le commerce de ce qui ne l'est pas. Or on distingue en économie politique trois branches de la production: l'industrie agricole qui excite la nature à produire et recueille les produits tels que la nature les offre; l'industrie manufacturière qui façonne les produits et les approprie à nos besoins; l'industrie commerciale qui met les produits ainsi façonnés et préparés à la portée des consommateurs[2]. Il est vrai qu'en passant dans le droit, cette notion économique a perdu de sa pureté et que le langage légal fait rentrer les deux premières branches d'industrie dans la troisième. L'article 632 du Code de commerce assimile la fabrication au commerce en qualifiant acte de commerce l'achat de denrées et marchandises pour les revendre, soit en nature, soit après les avoir travaillées et mises en œuvre, et d'autre part, on verra que, d'après la jurisprudence, l'agriculture peut se confondre dans plus d'un cas avec le commerce. Aussi, en combinant le langage du droit et de l'économie politique, peut-on arriver à l'une des deux définitions suivantes : 1° Le commerce est « l'industrie qui « met le produit à la portée du consommateur[3]; » 2° le commerce est « l'achat, l'échange, la vente ou la location d'un « objet qu'on n'a pas créé, non pas dans le but d'en user per- « sonnellement, mais pour le transformer (manufacture), ou « pour le mettre à la disposition des consommateurs ou le « distribuer entre eux (commerce proprement dit)[4]. » Cette dernière est peut-être plus complète. Mais je ne fais pas d'économie politique; je n'ai ni à vérifier ni à critiquer l'exactitude de ces idées, et je me borne à constater que les définitions généralement reçues du commerce, telles que la science les admet, conviennent aux immeubles, car on peut opérer sur un immeuble de manière à le transformer (acheter un terrain pour le bâtir) ou à le mettre à la disposition

[1] Dunoyer, *Liberté du travail*, liv. VIII, ch. I.

[2] J. B. Say, *Traité d'économie politique*, Introduction et liv. I, ch. 1 et 2.

[3] Littré, *op. et v° citt.*; J. B. Say, *Cours d'économie politique*, 1840, t. I, p. 304.

[4] Em. Ollivier, *op. et loc. citt.*

Digitized by Google

des consommateurs (acheter un terrain pour le revendre par lots [1].)

5. Voilà un premier pas, mais recherchons maintenant ce qui fait la commercialité légale d'un acte, et quand on peut dire qu'il est commercial. Laissons d'abord de côté une opinion évidemment insoutenable, d'après laquelle l'acte du droit des gens serait acte de commerce, et l'acte du droit civil acte civil. Qu'est-ce actuellement que le droit civil et le droit des gens? Quelle fixité, quelle certitude peut-on trouver dans cette distinction? La contrainte par corps, institution civile par excellence, n'était-elle pas cependant l'exception en matière civile et le droit commun en matière commerciale? Trois autres explications ont été présentées et demandent plus d'attention.

1° Le caractère de l'acte de commerce est d'être simple, affranchi de formes gênantes, et de s'appliquer à des choses qui se transmettent facilement. C'est la doctrine de la Cour de cassation. L'acte commercial ne peut, dit-elle, concerner que les choses qui ne « comportent ni dans leur transmission, ni dans « leur évaluation à un prix déterminé, ni dans leurs produits, « ou mode de jouissance ou de consommation, la rapidité, la « simplicité et la facilité que requiert le négoce et qui font « qu'une chose passe sans entrave et presque sans formalité de « main en main, avec une valeur rigoureusement appréciable « et un prix courant qui la suit toujours et la remplace au « besoin [2]. » Cette explication a le tort de définir une chose par sa nature et non par son essence. Sans doute, l'acte qui réunit ces caractères peut être commercial, mais il peut aussi ne pas l'être, et, s'il l'est, ce sera pour d'autres causes. En effet, d'abord, un acte qui serait très-simple s'il était civil pourrait se compliquer en matière commerciale. Ainsi la société que le droit civil n'assujettit à aucune condition spéciale et autour de laquelle le droit commercial a, dans certains cas,

[1] Une seule définition du commerce en exclurait les immeubles: celle de Verri qui le considère uniquement comme le transport des marchandises d'un lieu sur un autre. Mais ce point de vue n'est pas exact, puisque l'achat du marchand en détail au marchand en gros établi dans la même ville est un acte de commerce (Em. Ollivier, *op. et loc. citt.*).

[2] Cass., 4 juin 1850 (D., 50, 1, 163). Aj. le rapport de M. le conseiller Mesnard (*ibid.*).

Digitized by Google

multiplié les formes : rédaction d'un acte, publicité, conseil de surveillance, et jusqu'à la loi du 22 juillet 1867, autorisation préalable du gouvernement. De plus, les meubles dont la transmission est si facile avec l'article 2279 du Code Napoléon devraient toujours être l'objet d'actes commerciaux, et il n'y a nul doute que la vente d'un meuble par un non-commerçant à un autre non-commerçant ne soit civile. Au contraire, les meubles incorporels ne seraient jamais un objet de commerce, puisque leur transmission est soumise à des formes comme le transfert ou l'observation de l'article 1690 du Code Napoléon, et il est cependant admis qu'ils peuvent donner lieu à des spéculations commerciales [1]. M. Demangeat dit même avec beaucoup de raison qu'il ne lui est pas possible de trouver un motif sérieux pour distinguer ainsi entre les meubles et les immeubles [2]. Je n'admets donc pas ce système et je remarque seulement qu'il y a des choses qui, de l'aveu de tous, peuvent être objets de commerce et ne se transmettent cependant pas plus facilement que les immeubles.

2° Ce qui fait l'acte de commerce, a-t-on dit encore, c'est l'intention de spéculer [3]. Ce critérium est aussi incertain que le précédent. Spéculer, c'est faire quelque chose de profitable, c'est chercher un avantage dans l'acte qu'on fait, et je ne sache pas qu'on se propose de perdre quand on fait une opération civile; donc nous spéculons tous, et l'essence de l'acte de commerce ne réside pas dans la spéculation. J'accorde que le bénéfice d'un acte civil n'est pas absolument de même nature que celui d'un acte commercial, par exemple qu'il est moins aléatoire et qu'un commerçant court dans des spéculations certains risques auxquels un non-commerçant n'est guère exposé; mais c'est une nuance difficile à saisir et qui peut même échapper complétement. Ainsi il n'y a pas de contrat plus aléatoire que celui de rente viagère, et il n'en est pas moins civil pour cela. D'ailleurs, j'admets pour un instant qu'il faille voir dans la spéculation l'essence de la

[1] Dalloz, *op. et v° citt.*, n°s 44 et s.; Massé, *Droit commercial*, t. II, n° 1390; Cass., 18 février 1806 et 29 juin 1808 (Dalloz, *op. et v° citt.*, n° 44).

[2] *Op. cit.*, t. II, p. 329, note 1.

[3] Dalloz, *op. et v° citt.*, n° 17; Demangeat, *op. cit.*, t. VI, p. 320; Goujet et Merger, *op. et v° cit.*, n° 1; Paris, 28 août 1841 (P., 41, 2, 412); Cass., 5 novembre 1858 (D., 59, 1, 79) et 8 février 1860 (D., 60, 1, 83).

Digitized by Google

commercialité, et je remarque qu'à ce compte les immeubles peuvent être objets de commerce, car on spécule actuellement dans les achats et reventes de terrain comme sur des objets mobiliers et l'on s'y propose un bénéfice absolument de même nature.

3° D'après M. Labbé, ce n'est ni dans la nature de son objet ni dans le but qu'on y poursuit qu'il faut chercher pourquoi un acte est commercial; il faut s'attacher à certaines circonstances extérieures : la nécessité d'une juridiction spéciale procédant plus rapidement et tenant un plus grand compte de l'usage, le besoin d'assurer par les garanties particulières de la faillite la conservation d'un actif propre à dépérir ou à se dissiper, enfin l'utilité de sanctionner par la contrainte par corps « des opérations contractées de con-« fiance, d'après la solvabilité apparente du débiteur, et dont « l'exécution ponctuelle intéresse le succès d'une foule d'opé-« rations enchevêtrées [1]. » Cette explication ingénieuse et qui renferme une grande part de vérité ne me satisfait pas non plus : elle me montre en effet pourquoi les actes commerciaux sont traités autrement que les actes civils et pourquoi le législateur a entouré les premiers de certaines garanties qui leur sont spéciales; mais elle ne me dit pas à quoi je reconnaîtrai ces actes qui sont commerciaux et dont l'exercice habituel imprimera à leur auteur la qualité de commerçant. J'y vois bien pourquoi le souscripteur et les endosseurs d'un billet à ordre sont justiciables du tribunal de commerce quand ce billet a une cause commerciale, et du tribunal civil quand il a une cause civile; mais ce que je ne vois pas, c'est quand on pourra dire que sa cause est civile ou qu'elle est commerciale. En d'autres termes, il faut, avant de constater et d'expliquer les garanties de la commercialité, savoir quand elle existe, et pour cela en déterminer les caractères. D'ailleurs ce système, proposé surtout en vue de démontrer que les immeubles sont en dehors du commerce ne me semble pas plus concluant dans son application que dans son principe. 1° Il ne faut plus parler de la contrainte par corps abolie depuis le 22 juillet 1867. 2° Je m'expliquerai bientôt sur les tribunaux de commerce et j'essayerai de mon-

[1] Note dans *Sirey*, 69, 2, 329.

Digitized by Google

trer qu'ils sont aussi compétents en matière immobilière qu'en matière mobilière. 3° Le législateur a jugé la faillite aussi utile pour assurer la conservation d'un actif immobilier que pour garantir celle d'un actif mobilier; elle embrasse en effet les immeubles, puisque le jugement qui la déclare emporte dessaisissement pour le failli de l'administration de tous ses biens sans distinction (C. com., art. 443).

Je préfère le critérium proposé par M. Émile Ollivier; il est plus conforme à la définition du commerce : « fait acte « de commerce celui qui fait un acte juridique sur une chose, « non pour en user personnellement, mais pour la trans- « former ou la distribuer, ou la mettre à la portée des con- « sommateurs [1]. » Et comme les immeubles sont actuellement l'objet de semblables agissements, j'en conclus que l'achat d'un immeuble pour le revendre et les actes semblables sont des actes de commerce. Du reste, il n'y a rien qui fixe en soi et d'une manière absolue les limites de ce qui est commerce et de ce qui ne l'est pas : cela dépend beaucoup du temps et telle opération qui n'est pas commerciale aujourd'hui peut le devenir demain par la direction nouvelle et jusque-là inconnue qui lui sera donnée. Il se fait maintenant des combinaisons auxquelles personne ne pensait il y a cinquante ans, les transactions sur les valeurs industrielles ont pris un développement imprévu, les spéculations immobilières sont emportées par le même mouvement, et, en présence de cette mobilité nécessaire de la distinction des actes civils et commerciaux, il n'y a pas plus de raison pour refuser aux actes relatifs à des immeubles le caractère d'actes de commerce que pour maintenir la distinction traditionnelle, qui s'écroule aujourd'hui de tous côtés, de la propriété mobilière et de la propriété immobilière.

6. On fait cependant des objections nombreuses et elles sont de deux sortes : on prétend d'abord que les opérations mobilières ne pouvaient être mises par le législateur au nombre des actes de commerce, et ensuite qu'en fait elles ne l'ont pas été.

D'abord elles ne pouvaient pas l'être, et en effet :

1° Si elles étaient commerciales, elles seraient de la com-

[1] *Op. et loc. citt.*

Digitized by Google

pétence des tribunaux de commerce; or ces tribunaux ont été institués pour connaître des causes qui demandent une certaine rapidité dans la procédure et des connaissances spéciales qui relèvent du négociant plus que du jurisconsulte; tout autres sont les questions immobilières, et elles ne peuvent appartenir qu'aux tribunaux civils [1]. J'ai plusieurs réponses à faire à cet argument. On remarquera d'abord qu'il fait le procès à l'institution des juges consulaires : on dit qu'ils ne peuvent juger les questions relatives à des immeubles, mais s'il est reconnu qu'elles peuvent devenir par leur nature, — et c'est en définitive le seul point de vue auquel on doive s'arrêter — des questions commerciales, l'objection ne prouvera qu'une chose : c'est qu'il y a des matières commerciales que les tribunaux de commerce sont incapables de juger. En d'autres termes, cette considération peut trouver sa place dans une critique de l'institution, mais non pas ici où il s'agit seulement de qualifier un acte, envisagé en lui-même, dans sa nature et dans son objet, et abstraction faite des circonstances accessoires, comme l'inaptitude du tribunal qui serait, le cas échéant, appelé à en connaître. De plus, on ne peut soutenir que les tribunaux de commerce soient absolument impropres à juger les questions immobilières quand on leur voit soumises en cas de faillite les contestations les plus ardues auxquelles les immeubles puissent donner lieu, et quand on se rappelle qu'ils statuent sur le privilége du bailleur, sur le privilége et l'action en résolution du vendeur d'immeubles. D'ailleurs, il faut d'autant moins s'effrayer de leur compétence en cette matière que l'appel sera porté devant les cours impériales. Enfin, je ne saurais non plus voir une raison de décider dans la célérité exceptionnelle de la procédure commerciale : sans compter qu'elle n'est pas un caractère distinctif de la commercialité, puisqu'en matière civile les affaires sommaires se jugent avec la même rapidité, il peut être tout aussi nécessaire en matière immobilière qu'en matière mobilière d'éviter les lenteurs de la procédure ordinaire. Il y a aujourd'hui un prix courant pour les terrains comme pour les valeurs mobilières; ce prix courant peut

[1] Orillard, *Traité de la compétence des tribunaux de commerce*, n° 255; Labbé, *op. et loc. citt.*

Digitized by Google

varier d'un moment à l'autre; le percement d'une rue, l'ouverture d'une place peuvent déterminer une hausse presque instantanée : le spéculateur qui se livre à l'achat et à la revente n'a pas de temps à perdre et il faut en cas de difficulté qu'il obtienne prompte justice. De même, dans les entreprises de construction, une procédure rapide et très-nécessaire pour les contestations entre l'entrepreneur et ses ouvriers.

2° On a été cependant plus loin; on a soutenu qu'il y avait un véritable danger à commercialiser les opérations immobilières. « Le moment est-il bien choisi, a dit M. le conseil-« ler Mesnard dans le rapport qui a précédé l'arrêt de cas-« sation du 4 juin 1850, pour proposer à la jurisprudence « de se rétracter et de consacrer une innovation qui ten-« drait à mobiliser la propriété foncière? Lorsque des doc-« trines que le mauvais génie des révolutions peut seul « accréditer, s'attaquent au fondement même de toute « propriété, serait-il sage de rendre moins large et moins « consistante l'assiette de la propriété immobilière? Y au-« rait-il prudence, quand elle est déjà devenue si chance-« lante, à en atténuer le caractère primitif par une assimila-« tion qui la mettrait sur le pied de la marchandise négo-« ciable? Pense-t-on qu'elle résisterait mieux aux attaques « dont elle est l'objet, si en quelque sorte vous la déraci-« niez pour la soumettre au sort des choses mobilières? Ne « serait-ce pas un procédé équivalent à celui qui jette bas « un édifice pour en mobiliser les matériaux[1]? » Il y a bien à reprendre dans ces considérations et bien des raisons d'écarter ces craintes. C'est sous une autre forme, le vieil adage *vilis mobilium possessio* : on veut que la propriété foncière soit la première de toutes et qu'elle soit protégée d'une manière particulière, fortifiée par des garanties qui n'appartiennent qu'à elle; or, le courant des idées modernes est en sens contraire et ce n'est pas la Cour de cassation qui l'arrêtera. Il tend de plus en plus à assimiler les deux propriétés : la transmission des meubles devient plus sûre par l'extension de quelques-unes des anciennes garanties de la propriété immobilière (et la Cour de cassation a cédé elle-même à ce mouvement dans sa jurisprudence sur l'inaliénabilité de la

[1] D., *loc. cit.*

Digitized by Google

dot mobilière); celle des immeubles est rendue plus prompte par l'amélioration progressive du régime hypothécaire. Les opérations immobilières deviendront surtout faciles si l'on permet un jour au prêteur de purger, comme la cour de Nancy le demandait dès 1841 [1], et la législation spéciale du Crédit foncier est entrée déjà dans cette voie en permettant aux sociétés de Crédit foncier de purger et de lancer dans le commerce des obligations foncières avec garantie hypothécaire [2]. Quoi qu'il en soit, d'ailleurs, de ce rapprochement qui se fait entre la propriété mobilière et la propriété immobilière, il y a grande exagération à dire que nous allons mobiliser le sol en déclarant commerciales quelques-unes des transactions auxquelles il donne lieu. Si, en 1850, dans quelques régions de la société affolées par la peur du socialisme, on se laissait aller aux préoccupations que reflète le rapport de M. Mesnard, on est aujourd'hui revenu de semblables frayeurs et on laisse passer sans trembler des déclamations insensées — qui, il ne faut pas l'oublier, s'adressent aussi bien à la propriété mobilière qu'à la propriété immobilière, — sachant bien d'ailleurs, comme le dit M. Emile Ollivier avec infiniment d'esprit, que, si la société était menacée, un arrêt sur les immeubles ne la sauverait pas [3].

7. Mais on ajoute qu'en fait le Code de commerce a maintenu sans distinction le caractère purement civil des spéculations immobilières, et on invoque en ce sens les trois arguments suivants :

1° Les articles 632 et suivants du Code de commerce qui énumèrent les actes de commerce ne supposent jamais qu'ils puissent avoir des immeubles pour objet. Je réponds à cela : 1° que les mots *marchandises* de l'article 632 et *toute entreprise de construction* de l'article 633 peuvent convenir aux immeubles, comme j'espère le démontrer bientôt ; 2° que, de l'aveu de tout le monde, même de nos adversaires, les articles 632 et suivants n'ont rien de limitatif et énumèrent seulement

[1] *Documents hypothécaires de* 1844, t. II, p. 748; Pont, *Traité des privilèges et hypothèques*, t. II, n° 1269.

[2] *Suprà*, n° 2.

[3] *Op. et loc. citt.*

Digitized by Google

les actes qui sont le plus généralement commerciaux [1]; la Cour de Paris l'exprime très-nettement dans un arrêt du 24 mai 1849 : « attendu qu'acheter des immeubles dans l'unique « but de les revendre avec bénéfice, c'est faire des actes de « commerce; que, si les articles 632 et 633 ne rangent pas « les immeubles dans la nomenclature des objets sur lesquels « peuvent porter les opérations commerciales, ces dispositions « sont purement énonciatives et non limitatives; que, dès lors « elles ne s'opposent pas à ce que les tribunaux examinent les « transactions auxquelles elles peuvent donner lieu, en leur « assignant le caractère qui leur appartient, suivant qu'elles « constituent un simple placement ou une opération mer- « cantile [2]; » 3° qu'il en devait être ainsi et que le législateur ne pouvait donner une liste restrictive des actes de commerce opposés aux actes civils : « la matière est trop « mobile, variable et progressive pour cela, et la théorie eût « été vite en desaccord avec la pratique [3] »; 4° qu'en admettant même qu'on eût voulu en 1808 considérer les meubles seuls comme chose marchande, cela ne prouverait rien: à cette époque, les spéculations immobilières étaient à peine connues, celles qui se faisaient sur les biens d'émigrés avaient un caractère tout accidentel et exceptionnel, et on comprend que le législateur n'eût pas pensé à leur donner le caractère commercial: ce n'est pas une raison pour le leur refuser aujourd'hui. Le droit commercial, surtout, doit être interprété largement, et il faut se garder d'appliquer trop strictement des textes anciens à des faits nouveaux.

2° La loi du 21 avril 1810 dispose dans son article 32: « L'ex- « ploitation des mines n'est pas considérée comme un com- « merce et n'est pas sujette à patente. » On conclut de là que l'intention du législateur a été d'exclure formellement les exploitations d'immeubles de la catégorie des actes de commerce. Cette conclusion n'est pas justifiée. D'une part, l'exploitation d'une mine est par elle-même et abstraction faite du texte de la loi, un acte de commerce: le contraire a été

[1] Merlin, *Questions de droit*, v° *Commerce (acte de)*, § 6; Labbé, *op. et loc. citt.*

[2] D., 50, 2, 11.

[3] Em. Ollivier, *op. et loc. citt.*

Digitized by Google

dit dans les travaux préparatoires par la Commission du Corps législatif: « la mine étant une propriété foncière, la société « ou le particulier qui l'exploite fait valoir son héritage, et « rien de plus [1] », mais la doctrine et la jurisprudence se prononcent en ce sens que l'exploitation des mines présente tous les caractères de l'acte de commerce: « Si l'on envisage en « elle-même une exploitation de mines, elle emprunte néces- « sairement un caractère commercial aux diverses opérations « qui la constituent. Ainsi le concessionnaire d'une mine « achète des ustensiles, des machines et tout ce qui est indis- « pensable pour faire marcher l'exploitation: il consacre des « capitaux à des achats divers et au payement des ouvriers « et employés qu'il occupe; il vend les produits qu'il obtient « et il n'exploite qu'en vue des bénéfices. En réalité son en- « treprise est donc commerciale et l'on comprend, d'après les « observations, que la Commission de la Chambre des dépu- « tés chargée d'examiner le projet de loi déposé en 1838 sur « les associations par actions, ait proposé de soumettre aux « dispositions du Code de commerce les sociétés constituées « sous cette forme, alors même qu'elles auraient pour objet « l'exploitation des mines [2] ». D'autre part, en écrivant l'article 32 de la loi de 1810, on n'a pas eu la pensée de déclarer que cette exploitation est civile en elle-même, encore moins d'appliquer un prétendu principe d'après lequel la commercialité serait étrangère aux immeubles; on a tout simplement voulu soustraire les exploitations de mines aux conséquences des actes de commerce. M. Stanislas de Girardin l'a dit en toutes lettres dans son rapport: « Cette déclaration était né- « cessaire pour fixer la compétence des tribunaux ordinaires « et soustraire les sociétés formées pour l'exploitation des mi- « nes à l'empire du Code de commerce, à la solidarité des « dettes et à la contrainte par corps [3] ». Il n'y a donc pas d'argument à tirer contre nous de cette disposition spéciale. Aussi la cour de Caen, jugeant que l'exploitation de la carrière d'autrui, pour en revendre le produit, est acte de commerce,

[1] Locré, *op. cit.*, t. IX, p. 465.

[2] Dalloz, *op. cit.*, v° *Mines*, n° 270; cpr. *op. cit.*, v° *Société*, n° 232, et Peyret-Lallier, *Législation des mines*, n° 375.

[3] Locré, *op. cit.*, t. IX, p. 523.

Digitized by Google

a-t-elle très-bien répondu à l'objection tirée de la loi de 1810 : « si, par un motif d'ordre public, la loi exclut formellement les « mines des entreprises commerciales, c'est là une exception « qu'elle crée et il faut renfermer cette exception dans ses « limites [1] », et la cour d'Angers a également reconnu que c'était une disposition spéciale à l'exploitation des mines, objet d'une concession et non sujette à patente [2].

3° Si la spéculation qu'on fait sur un immeuble en l'achetant pour le revendre est acte de commerce, il en sera de même de l'achat pour louer; il faudra donc réputer commerçant celui qui achètera une maison avec l'intention de la louer. Tout acheteur d'immeuble sera donc un commerçant. Si l'objection était fondée, je serais certainement dans l'erreur, mais j'essayerai bientôt de montrer qu'il n'est pas besoin d'aller jusque-là, qu'on peut attribuer à certaines acquisitions d'immeubles le caractère commercial sans l'attribuer à toutes, et que, par exemple, l'achat d'une maison pour la louer ne sera pas, à quelques exceptions près, un acte de commerce, parce qu'elle ne tendra pas à mettre la chose à la portée des consommateurs ni à la distribuer entre eux, et qu'elle ne sera qu'un placement de fonds et l'exercice naturel du droit de propriété. Je l'expliquerai plus loin avec plus de détails.

8. Je conclus donc : les immeubles peuvent être l'objet d'actes de commerce. Reste à distinguer dans l'application et à faire la part du texte, de l'esprit de la loi et des nécessités de la pratique; mais le principe me paraît certain. J'ajoute toutefois que les législations étrangères qui ont prévu la question se prononcent en sens contraire ; ainsi le Code de Commerce allemand dispose : « Les transactions immobi- « lières ne sont pas commerciales » (art. 271), les Codes espagnols (art. 360) et portugais (art. 504) contiennent la même décision, et en Angleterre le *bankrupt law consolidation act* qui énumère les personnes capables de faire faillite, c'est-à-dire commerçantes, ne cite pas parmi elles celles qui font des opérations immobilières [3]. En tout cas, il y a une opinion

[1] 17 décembre 1847 (D., 48, 5, 4).

[2] 26 décembre 1855 (D., 56, 2, 113).

[3] Colfavru, *Droit commercial comparé de la France et de l'Angleterre* p. 10.

Digitized by Google

intermédiaire qui n'est pas admissible: elle résulte (et encore n'est-ce pas d'une manière très-nette) de la jurisprudence de la cour de Paris, et consiste à dire que l'acte relatif à un immeuble n'est pas commercial par lui-même, mais que celui qui s'y livre habituellement est commerçant. Cette distinction n'est pas fondée, car c'est la répétition des actes de commerce qui fait le commerçant, et on ne peut devenir commerçant en faisant habituellement des actes civils. On oppose qu'un fait isolé de transport ou de fabrication n'est pas un acte de commerce et que l'entreprise de transport ou de manufacture est commerciale (Code de comm, art. 632); mais l'objection ne porte pas: car, si l'entreprise de transport devient un acte de commerce, ce n'est pas par la répétition des mêmes actes, mais parce que celui qui s'y livre emploie des agents extérieurs, comme la force d'autrui ou des instruments achetés exprès, et qu'on reconnaît à ces caractères la spéculation commerciale[1]. Je reviendrai d'ailleurs sur ce point.

9. J'entre maintenant dans les détails de la matière. Trois questions se présentent: 1° Les actes relatifs aux immeubles peuvent-ils être commerciaux par eux-mêmes? 2° Les actes relatifs aux immeubles peuvent-ils être commerciaux par leur relation avec le commerce de leur auteur? 3° La construction d'un immeuble peut-elle être un acte de commerce[2]?

[1] Labbé, *op. et loc. citt.*, V. *infrà* des indications plus complètes sur la jurisprudence.— Je laisse de côté une autre question qui ne rentre pas dans le plan de cette étude : étant admis qu'une société fondée pour se livrer à des opérations immobilières est civile, il reste à se demander 1° si elle peut emprunter la forme commerciale de l'anonymat, de la commandite ou du capital variable; 2° si, en l'adoptant, elle devient société de commerce. Je me borne à dire que la question ne fait pas de doute pour moi : j'admets sans difficulté 1° qu'elle peut prendre la forme commerciale, mais 2° qu'elle reste société civile, parce que la nature d'une société se détermine par son objet et non par sa forme (Labbé, *op. et loc. citt.*).

[2] Je suppose admise la distinction des actes commerciaux par eux-mêmes et commerciaux accessoirement, c'est-à-dire par leur rapport avec le commerce de celui qui les fait. En d'autres termes il y a une double compétence pour les tribunaux de commerce : une compétence réelle à raison des actes commerciaux par leur nature, une compétence personnelle à raison de la personne du commerçant et pour les actes qui ne sont pas commerciaux en eux-mêmes, mais relatifs à son commerce. La doctrine et la jurisprudence admettent ce système qui résulte 1° des termes inexacts mais

Digitized by Google

I.

10. Et d'abord les actes relatifs aux immeubles peuvent-ils être commerciaux par eux-mêmes?

Les transactions principales auxquelles un immeuble peut donner lieu sont les suivantes : 1° Acheter un terrain pour le revendre en gros ou en détail, après ou sans l'avoir bâti et approprié ; 2° Acheter un immeuble pour le louer; 3° Louer un immeuble pour le relouer; 4° Réparer et approprier un immeuble pour le louer; 5° Acheter une construc-

suffisamment clairs de l'article 631 : « Les tribunaux de commerce connaî- « tront de toutes les contestations relatives aux engagements entre négociants, « marchands et banquiers (c'est-à-dire des contestations entre deux négo- « ciants pour faits se rattachant à leur commerce, ou entre un particulier « et un négociant pour faits se rattachant au commerce de ce dernier); 3° de « celles relatives aux actes de commerce entre toutes personnes (c'est-à-dire « des actes commerciaux naturellement et en eux-mêmes), » 2° et surtout de l'article 638 : les billets souscrits par un commerçant sont censés faits pour son commerce; donc les actes d'un commerçant sont réputés commerciaux jusqu'à preuve contraire, non à cause de leur nature, mais parce qu'ils émanent d'un commerçant. Ce système a cependant été attaqué par M. Desjardins qui nie l'existence d'une compétence personnelle en matière commerciale et d'une classe d'actes commerciaux accessoirement. D'après lui, les articles 631 et 638 ne règlent qu'une question de preuve : il n'y a qu'une seule classe d'actes de commerce, ceux qui le sont par leur nature; mais, jusqu'à preuve contraire, les actes d'un commerçant sont réputés commerciaux et ceux d'un non-commerçant, civils. Il argumente de l'article 638 qui n'édicte dans ses termes qu'une présomption et de quelques passages des travaux préparatoires (*Revue critique*, 1864, t. XXIV, p. 216). Cette opinion ne me paraît pas fondée : 1° les articles 631 et 638 (surtout 631) disent expressément que le tribunal de commerce est compétent pour connaître non-seulement des actes commerciaux, mais encore des actes des commerçants (sous-entendu *relatifs à leur commerce*); 2° il y a en ce sens un passage formel dans les travaux préparatoires : « Il est constant que les « engagements et transactions entre négociants, marchands et banquiers « sont des actes positifs de commerce, à moins qu'il ne s'agisse de mar- « chandises et de denrées achetées pour leur usage particulier; il suit de ces « considérations que la compétence des tribunaux de commerce a dû être « déterminée par la nature de l'acte sur lequel il y aura une contestation « ou par la qualité de la personne » (Locré, *Esprit du Code de commerce*, t. IV, p. 225). Il y a une présomption dans l'article 638, mais voici laquelle : les actes d'un commerçant deviennent commerciaux, ne le fussent-ils pas par eux-mêmes, s'ils se réfèrent à son commerce, et tout acte d'un commerçant est réputé jusqu'à preuve contraire relatif à son commerce.

Digitized by Google

tion pour la démolir et en vendre les matériaux; 6° Acheter une forêt pour l'exploiter ou des bois à couper pour les revendre; 7° Exploiter ou rechercher une mine, ou en vendre la concession; 8° Exploiter un immeuble (chemin de fer, haut fourneau, carrière, ardoisière, pépinière, source thermale, concession d'eaux destinées à l'irrigation). Ces divers actes peuvent être faits par une seule personne : ils se font plus souvent en société à cause des capitaux considérables qu'ils exigent. Ils font donc naître une double question: 1° Sont-ils par eux-mêmes des actes de commerce? 2° Les sociétés formées dans ce but sont-elles commerciales? Au fond, ces deux questions n'en font qu'une, puisqu'elles se résolvent par les mêmes raisons de décider et que la nature d'une société ne se détermine que par son objet[1]. Le même principe doit donc les régir, celui qui a été posé plus haut[2]: l'acte est civil s'il n'est que l'exercice naturel de la propriété, commercial s'il a pour but de distribuer un immeuble et de le mettre à la portée des consommateurs; en d'autres termes, il est civil ou commercial « suivant qu'il constitue un simple « placement de fonds ou une opération mercantile[3]. »

11. I. *Acheter un terrain pour le revendre en gros ou en détail, après ou sans l'avoir bâti et approprié.* —C'est le cas le plus important et qui se présente le plus souvent dans la pratique, c'est à lui que se rapportent les divers exemples que j'ai cités en commençant. Il partage les auteurs et la jurisprudence[4],

[1] *Suprà*, n° 8, en note.

[2] *Suprà*, n° 5.

[3] Paris, 24 mai 1849 (D., 50, 2, 11).

[4] *Contre la commercialité*, Alauzet, *Commentaire du Code de commerce*, t. IV, n° 2026; Dalloz, *op. et v° citt.*, n°s 37-43, et v° *Société*, n°s 198-202; Labbé, *op. et loc. citt.*; Massé, *op. cit.*, t. II, n°s 1382-1386; Merlin, *op. et v° citt.*; Molinier, *Droit commercial*, t. I, n° 14; Orillard, *op. cit.*, n° 251; Pardessus, *Droit commercial*, t. I, n° 8; Rivière, *Répétitions écrites sur le Code de commerce*, p. 634; *Dictionnaire du commerce et de la navigation*, v° *Immeubles*; Metz, 18 juin 1812 (Dalloz, *op. et v° citt.*, n° 37); Cass., 4 juin 1850 (D., 50, 1, 163); Paris, 28 novembre 1851 (D., 54, 2, 191); 24 mai 1864 (D., 64, 2, 216); 15 février 1868 (D., 68, 2, 208); 29 août 1868 (S., 68, 2, 333); Aix, 22 mai 1855 (D., 56, 2, 208); 15 janvier et 26 août 1867 (D., 67, 5, 9); quatre arrêts du 5 août 1868 (D., 68, 2, 209).— *Pour la commercialité* : Beslay, Frémy-Ligneville, Goujet et Merger, Em. Ollivier, *op. et loc. citt.*; Colmar, 30 décembre 1845 (D., 46, 4, 7); Paris, 21 avril 1848

Digitized by Google

il partage même la cour de Paris qui a jugé alternativement que cet acte est civil et qu'il est commercial. On a voulu la concilier avec elle-même en lui prêtant une distinction, inadmissible d'ailleurs[1], entre l'achat isolé d'un terrain pour le revendre et la profession habituelle de pareilles opérations, et cette distinction paraît résulter des arrêts du 21 avril 1848: «attendu que ces opérations ne sont pas les premières auxquelles les parties se livrent,» et du 24 mai 1849 qui suppose également l'habitude. Mais l'arrêt du 18 octobre 1851 exclut toute distinction et accorde à l'acte, même isolé, la qualification d'acte de commerce: «considérant que Jalousée se livre habituellement à des actes de commerce, notamment à acheter des terrains pour les revendre après y avoir élevé des constructions.» Du reste les derniers arrêts de Paris sont tous dans le sens de la non-commercialité. Somme toute, on peut dire aujourd'hui qu'il est de doctrine et de jurisprudence que l'achat d'un terrain pour le revendre est un acte civil.

12. J'ai démontré : 1° que rien dans la nature des immeubles ne s'oppose à ce qu'ils soient un objet de commerce; 2° qu'il ne faut rien conclure du silence du Code de commerce relativement aux immeubles; 3° qu'il n'y a, en fait, aucun danger à faire entrer les immeubles dans le commerce. Il ne me reste plus qu'à répondre, pour le cas particulier, à

(D., 49, 2, 245); 24 mai 1849 (D., 50, 2, 11); 18 octobre 1851 (D., 54, 2, 245) Nancy, 18 mai 1849 (D., 50, 2, 91); jurisprudence du tribunal de commerce de la Seine. — On remarquera que la jurisprudence de la cour d'Aix, importante à cause des grands travaux de Marseille, est assez incertaine et qu'il ne ressort pas très-nettement des motifs donnés dans ses quatre derniers arrêts si l'achat d'un terrain pour le revendre après construction est commercial aux termes de l'article 632, § 1, ou comme entreprise de constructions par des entrepreneurs de profession : « Attendu que l'entrepreneur qui achète des matériaux pour les revendre sous la forme d'un édifice « fait une opération évidemment commerciale, puisqu'elle présente tous les « dangers et tous les hasards du commerce; attendu que, si l'entrepreneur « qui construit habituellement sur le terrain d'autrui avec des matériaux « qui lui sont propres est commerçant, il ne saurait avoir une autre qualité « lorsqu'il construit sur un terrain acheté par lui pour être transmis bâti « à un tiers. » — Enfin MM. Troplong et Demangeat (*op. et loc. citt.*) se prononcent en théorie pour la commercialité, mais concluent en sens contraire dans l'état actuel de la législation.

[1] *Suprà*, n° 8.

Digitized by Google

l'argument de texte qui se tire de l'article 632 : « La loi ré-« pute actes de commerce tout achat de denrées et marchan-« dises pour les revendre, soit en nature, soit après les avoir « travaillées et mises en œuvre.... » Les immeubles ne sont pas des marchandises, donc l'achat des immeubles pour les revendre n'est pas un acte de commerce.

Je réponds :

1° Que, de l'aveu même de nos adversaires, de M. Labbé, par exemple [1], l'argument n'est pas concluant. Rien ne démontre, en effet, que l'article 632 soit conçu en termes limitatifs et qu'en parlant des marchandises, il ait prétendu exclure les immeubles; tout prouve, au contraire, qu'il ne cite que des exemples d'actes ordinairement commerciaux et qu'il faut, pour donner quelque valeur à cet argument de texte, le confirmer par des considérations générales : nous avons vu celles qu'on présente à l'appui et nous avons essayé de les réfuter.

2° Que, dans le langage de la loi et de l'économie politique, le mot *marchandises* comprend même les immeubles. Sans doute il n'en est pas ainsi dans le langage usuel [2], mais on voit, si l'on remonte à l'origine du mot, qu'il n'a pas une signification aussi précise qu'on pourrait le croire et qu'il peut s'appliquer à d'autres choses que les objets mobiliers susceptibles d'un trafic journalier. Ainsi on trouve dans une charte de 1478. *mercari seu mercandisas facere* opposé à fabrication; dans les anciens lexiques : *in hanc terram venimus ad mercandisas ibi faciendas;* dans Domat: *de la marchandise ou de la chose vendue* (intitulé de la 4e section du titre *de la vente*), dans une instruction publiée au commencement du XVIIIe siècle avec l'agrément des juges-consuls : *les personnes qui font le commerce de la marchandise.* De ces textes [3] il paraît

[1] *Op. et loc. citt.*

[2] *Mercantiles res dicuntur quæ facile distrahi possunt in commerciis vel in mercatis* (Ducange); tout le bien qui est en commerce, qui s'achète et qui se vend, tout ce qui s'expose pour être acheté ou vendu (Richelet, *Dictionnaire de* 1728); ce qui se vend, se débite soit en gros soit en détail, dans les boutiques, magasins, foires et marchés (*Académie*); ce qui est meuble et objet de commerce; trafic, action de faire le commerce (Littré).

[3] Dupin, *Conclusions pour l'arrêt de cassation du 9 décembre* 1836 (S., 36, 1, 381); Massé et Em. Ollivier, *op. et loc. citt.*

Digitized by Google

résulter que l'ancienne langue française prenait *marchandise* comme synonyme d'objet de commerce : « l'ancien français « n'avait pas *commerce*, dit M. Littré, il disait *marchandise*[1]. » Il en est de même parmi les économistes. On peut définir la marchandise avec Adam Smith et les autres économistes : « un objet quelconque, mobilier ou immobilier, corporel ou « incorporel, échangeable contre une certaine quantité de « travail ou contre un produit quelconque de ce travail, plus « habituellement contre la monnaie qui est l'instrument de « l'échange, la mesure échangeable de chaque objet[2]. » Pour les auteurs du *Dictionnaire d'économie politique*, tout objet susceptible d'un prix courant est aussi une marchandise : « on « désigne par ce mot les denrées et les produits qui ne sont « pas encore arrivés aux mains des consommateurs, qui sont « encore, par conséquent, l'objet d'un commerce et doivent « devenir l'objet d'une vente ultérieure. Dans la science qui « nous occupe, on est forcé de se servir du langage usuel, « mais tout en prenant les mots dans l'acception ordinaire où « ils ont cours, il est cependant nécessaire d'en préciser autant « que possible la portée : *marchandises* est donc le nom géné- « rique de tous les produits à vendre, mais ceux-ci viennent à « leur tour se ranger dans l'une des trois catégories suivantes : « celle des denrées ; celle des objets destinés à une consom- « mation directe et comprenant essentiellement tout ce qui « se rapporte à l'alimentation ; celle des matières premières, « c'est-à-dire des produits destinés à devenir l'objet d'un tra- « vail manufacturé ; celle des produits manufacturés. Le prix « courant de toute marchandise est déterminé par le rapport « qui s'établit entre l'offre et la demande[3]. » Sans attacher une trop grande importance à cette discussion philologique, on peut en conclure cependant que tout objet de commerce susceptible de prix courant est une marchandise ; or, si l'on admet que le commerce consiste dans la distribution des produits ou dans les opérations qui les mettent à portée des consommateurs, si, de plus, on reconnaît — et comment le nier? — que, dans ce sens, les immeubles sont

[1] *Op. et loc. citt.*
[2] Em. Ollivier, *op. et loc. citt.*
[3] V° *Marchandises.*

Digitized by Google

aujourd'hui des objets de commerce, et que les terrains ont un prix courant comme les valeurs mobilières, on a répondu à l'argument tiré de l'article 632 et montré que la spéculation peut rendre un jour marchandes les choses qui ne l'étaient pas encore et commerciaux des actes jusqu'alors civils. C'est à ce titre que les immeubles sont à l'heure actuelle une véritable marchandise. Le tribunal de commerce de Poitiers l'a très-bien dit : « par la dénomination de *marchandises*, il « faut entendre sans exception tout ce qui n'a pas été acheté « pour un besoin personnel, mais en vue d'une spéculation « quelconque. Si, dans les premiers temps de la promulgation « du Code, les jurisconsultes les plus autorisés ont été una- « nimes pour refuser le caractère commercial à la vente des « biens en détail, il faut bien remarquer qu'à cette époque la « vente des biens en détail par spéculation était chose presque « inconnue ou tout au moins peu pratique; si la dénomination « de *marchandises* se donne maintenant à des choses purement « intellectuelles, telles que le droit de propriété des auteurs « de productions littéraires ou scientifiques, de procédés par- « ticuliers ou de découvertes des arts et de l'industrie, il est « très-rationnel de penser que ce serait aller contre le vœu « de la loi et les nécessités de l'époque que de ne pas décla- « rer commerciale l'acquisition d'un immeuble faite avec « l'intention de le revendre en détail et dans le but de se « procurer un bénéfice[1]. »

3° Qu'enfin la jurisprudence elle-même a plusieurs fois étendu le mot *marchandises* au delà de son acception vulgaire. Ainsi elle ne fait aucune difficulté pour y faire rentrer les meubles incorporels[2] et, de même, elle a jugé que l'article 419 du Code pénal qui punit « tous ceux qui, par des « voies ou moyens frauduleux quelconques, auront opéré la « hausse ou la baisse du prix des denrées ou marchandises » s'applique à la coalition des entrepreneurs de messageries, parce que le transport est une marchandise: « marchandise, « a dit la cour de cassation, c'est tout ce qui, étant l'objet d'un « commerce, a un prix habituellement déterminé par la libre

[1] 2 juillet 1849 (Dev. Car., 50, 1, 593).
[2] *Suprà*, n° 5.

Digitized by Google

« et naturelle concurrence du trafic dont il s'agit[1]. » Elle a donné la même solution, et par le même argument, pour les coalitions d'assureurs[2] et enfin elle a jugé que *marchandises* s'entend, dans le sens de l'article 420 du Code de procédure civile, « de tout ce qui est l'objet d'un négoce, d'un trafic, de « tout ce qui tient au commerce et à la spéculation[3]. » Pourquoi ne pas donner la même extension à l'article 632? C'est, dit-on, parce qu'il répute l'achat de marchandises acte de commerce, qu'il soit fait pour revendre ou pour louer, et qu'il n'est pas possible de déclarer commerçant le propriétaire qui achète une maison pour la louer. Mais il n'est pas nécessaire d'admettre cette conséquence et je tâcherai d'expliquer comment l'achat d'un terrain pour le revendre peut être commercial, sans que l'achat de ce même terrain pour le louer perde dans tous les cas le caractère civil.

Je conclus donc que 1° est acte de commerce, l'achat d'immeubles pour les revendre en gros ou en détail, après ou sans appropriation, 2° est commerciale la société fondée dans ce but sous quelque forme que ce soit, 3° est commerçant celui qui se livre habituellement à cette sorte d'actes.

13. A plus forte raison l'achat de meubles pour les immobiliser par destination dans l'immeuble objet du commerce, sera-t-il lui-même commercial, car c'est l'achat d'un meuble pour le revendre. Tous les auteurs l'admettent et au point de vue où nous nous plaçons, cela ne fait même pas question[4].

14. Quant à la revente de l'immeuble acheté pour être revendu, il n'y a pas non plus de difficulté : il est admis aujourd'hui que la revente d'une chose achetée pour la revendre est le complément et comme le dernier terme de la spéculation et qu'à ce titre elle est commerciale; il en sera de même, que la chose achetée pour être revendue soit mobilière ou immobilière.

15. II. *Acheter un immeuble pour le louer après ou sans appropriation.* — Voilà pour tous les auteurs un acte civil par excellence et sur lequel on ne discute même pas : « le contraire

[1] Cass., 9 décembre 1846 (Dalloz, *op. cit.*, v° *Industrie*, n° 423).

[2] Cass., 16 mai 1845 (D., 45, 1, 289).

[3] Cass., 26 février 1839 (Dalloz, *op. cit.*, v° *Compétence commerciale*, n° 462).

[4] Alauzet, *op. et loc. citt.*; voy. cep. Pardessus, *op. et loc. cits.*

Digitized by Google

« serait absurde, » écrivent MM. Goujet et Merger [1]. C'est même l'argument capital pour refuser aux achats d'immeubles pour les revendre le caractère d'actes de commerce. S'ils l'avaient, dit-on, l'achat pour louer l'aurait aussi aux termes de l'article 632; or, si j'achète une maison pour la louer à un ou plusieurs locataires, je me livre à l'exercice naturel de mon droit de propriété, je retire seulement de ma chose les produits que sa nature la destine à me donner, je ne suis pas commerçant. L'observation n'est nullement concluante. Si l'achat pour revendre est un acte de commerce, l'achat pour louer peut l'être aussi; car, aux termes de l'article 544 du Code Napoléon, la propriété est le droit de jouir et de disposer des choses, et le louage est aussi bien que la vente l'exercice de ce droit. Sans doute, l'achat d'un immeuble pour le louer ne peut pas toujours être un acte de commerce; sans doute, le propriétaire qui place son argent en immeubles et en retire les intérêts par la location des immeubles qu'il a achetés, n'est pas commerçant; mais, avec le même criterium qui m'a fait distinguer en principe les actes de commerce des actes civils, je dirai : celui qui, achetant un immeuble pour le louer, n'a d'autre but que de tirer de ses fonds un parti avantageux, fait un acte civil, mais celui qui se propose de distribuer l'immeuble acheté et de le mettre à la portée des consommateurs, fait un acte de commerce. Donc, 1° si une personne ayant un capital disponible l'emploie à acheter une maison dans l'intention de la louer et de retirer par les loyers l'intérêt de son argent, et loue cette maison à des particuliers qui l'eussent louée dans l'état où elle est et quel qu'en eût été le propriétaire, elle fait un acte civil; mais 2° si une personne veut bénéficier de la location d'un immeuble et en tirer le profit aléatoire qui distingue la spéculation et qui est, pour quelques personnes, l'essence du commerce; ou si, mieux encore, elle fait une opération qui a pour but de distribuer l'immeuble acheté et d'en faciliter la jouissance, elle fait un acte de commerce. Ce sera question de fait, mais, supposez, par exemple, que j'achète une maison et que je l'approprie pour la diviser en logements d'ouvriers : je la distribue évidemment, je la mets à la portée des consomma-

[1] *Op. et v° citt.*; aj. Dalloz, *op. et v° citt.*, n°s 125-127.

Digitized by Google

teurs, j'en détaille, pour ainsi dire, l'usage. Supposez encore que j'achète un immeuble, les Magasins-Réunis par exemple, et que je lui donne la forme d'un bazar où je loue des boutiques à un certain nombre de marchands : ici encore je spécule, je distribue l'immeuble, je le mets à la portée de petits commerçants qui, sans cela, n'auraient peut-être pas trouvé à louer un magasin, donc je fais acte de commerce. Il n'y a pas à distinguer suivant que j'achète à cet effet un terrain non bâti sur lequel je construis, ou bien un immeuble déjà destiné à cet usage. Comme dans l'achat pour revendre, il importe peu qu'il y ait eu, ou non, appropriation ; mais il faut toujours supposer qu'on n'a pas garni de meubles la maison sur laquelle on a ainsi opéré. En effet, pour les meubles, il n'y aurait plus de question : on les aurait achetés pour en louer l'usage; ce serait donc un acte de commerce rentrant dans les termes exprès de l'article 632.

Le seul arrêt qu'on trouve sur la question ne l'a pas tranchée : une maison de banque avait acheté un hôtel pour y établir les bureaux et louer le reste; l'achat n'était pas fait dans le but principal de louer, mais seulement pour y établir la banque et tirer accessoirement parti du surplus en le louant; c'était l'exercice le plus simple et le plus naturel du droit de propriété, il n'y avait ni spéculation, ni distribution d'un immeuble en vue de le mettre à la portée des consommateurs ; il a donc été jugé à bon droit que cette acquisition n'était pas un acte de commerce [1].

16. La location de l'immeuble qu'on avait acheté dans ce but, aura le même caractère que l'acquisition elle-même. 1°Elle sera civile si le propriétaire ne s'est proposé que de placer ses fonds, et ainsi il a été jugé que le propriétaire d'une usine qui n'est pas un industriel ne fait pas acte de commerce en la louant [2] et que la location d'une salle de spectacle par le propriétaire qui n'est pas entrepreneur de spectacles publics n'est pas non plus un acte de commerce [3]. Une question secondaire se présente au sujet du mobilier industriel qui garnit un immeuble : la location en sera-t-elle civile ou com-

[1] Paris, 22 mars 1851 (D., 51, 2, 90).
[2] Colmar, 28 novembre 1849 (D., 52, 2, 201).
[3] Nimes, 27 mai 1851 (D., 51, 2, 43).

Digitized by Google

merciale? Il me paraît difficile de lui donner une autre nature que celle de la location principale et je pense qu'elle sera également civile [1]. 2° Si, au contraire, la location a pour but de distribuer l'immeuble et de le mettre à la disposition des consommateurs, comme dans les cas indiqués plus haut, elle sera commerciale, bien que l'article 632 ne parle que de l'achat pour la louer et non de location, car, si malgré les termes de cet article, la revente est commerciale, la location doit l'être également. Même décision *a fortiori* pour la location du mobilier qui garnirait l'immeuble.

17. III. *Louer un immeuble pour le relouer ou le sous-louer.* — Il est admis sans difficulté, malgré l'article 632 qui ne suppose que l'achat pour louer, que la location d'un meuble faite en vue de relouer ou de sous-louer, est un acte de commerce. En sera-t-il de même si c'est un immeuble? Il a été jugé, sans discussion, que la location est alors un acte civil, parce qu'elle ne rentre pas dans les actes qu'énumère l'article 632 [2], mais je distingue encore suivant l'intention qui y préside : est-ce l'exercice naturel du droit du locataire qui, en l'absence de clause prohibitive du contrat de bail (C. Nap., art. 1717), reloue ou sous-loue son appartement pendant son absence; ou, même sans s'absenter, ce qu'il a de trop, c'est un acte civil; s'est-on, au contraire, proposé de louer une chose en vue de la sous-louer et d'en retirer un bénéfice par sa distribution entre les consommateurs, l'a-t-on par exemple, louée pour la sous-louer dans les mêmes conditions où nous avons supposé qu'on l'achetait pour la louer, on aura fait acte de commerce. Il n'y a même pas à distinguer si la chose était, ou non, lors de sa location, destinée à ce genre de distribution. — La relocation ou sous-location aura le même caractère, suivant ce que nous avons dit.

18. IV. *Réparer ou approprier un immeuble pour le louer.* — J'ai un immeuble, je veux le louer et, pour le mettre en état, je le répare ou l'approprie : est-ce un acte de commerce? Il faut faire une distinction. Si le propriétaire se propose une

[1] Dalloz, *op. et v° citt.*, p. 121; Demangeat, *op. cit.*, t. VI, p. 333-334; *contrà*, Nouguier, *op. cit.*, t. I, n° 367.

[2] Aix, 27 décembre 1855 (D., 56, 2, 208); Paris, 13 juillet 1861 (D., 61, 5, 9).

Digitized by Google

location qui ait le caractère commercial, et qu'il achète, pour approprier l'immeuble au but qu'il poursuit, des meubles qu'il louera avec l'immeuble lui-même, c'est un acte de commerce, d'après les termes formels de l'article 632. Mais, hors de là, ces réparations ou actes d'appropriation ne peuvent avoir le caractère commercial : nul doute s'ils sont faits en vue d'un louage civil, mais, fût-ce en vue d'un louage commercial, je ne vois pas comment on pourrait les qualifier commerciaux et rendre justiciables des tribunaux de commerce les engagements pris à cet effet par le propriétaire : il n'y a pas d'entreprise de construction puisque le propriétaire construit lui-même, il n'y a pas d'entreprise de manufacture puisque la chose est un immeuble ; d'où viendrait donc la commercialité ? Aussi a-t-il été jugé avec raison qu'elle n'existe pas dans l'espèce[1].

19. V. *Acheter une construction pour la démolir et en revendre les matériaux.* — Aucune difficulté. Si la construction seule a été achetée, l'acte est commercial, car ce n'est pas un immeuble qui a été acheté, mais les objets mobiliers, les matériaux[2] ; si le sol a été acheté en même temps, l'achat sera commercial pour les matériaux, civil ou commercial pour le sol, suivant les distinctions que nous connaissons[3].

20. VI. *Acheter une forêt pour l'exploiter ou des bois à couper pour les revendre.* — La cour de Bourges a jugé le 17 décembre 1850 que l'achat d'une forêt pour en revendre la coupe est un acte civil[4] ; la cour de Lyon a jugé, au contraire, le 7 décembre 1854, que l'achat d'une coupe de bois à faire dans une forêt est commercial, surtout quand l'acheteur s'est substitué au commerce de bois de son vendeur[5]. Les deux arrêts se concilient parfaitement. Dans le premier cas, un immeuble a été acheté dont l'exploitation donnera des pro-

[1] Bordeaux, 4 août 1856 (D., 57, 2, 77).

[2] Dalloz, *op. et v° citt.*, n° 42 ; Demangeat, *op. cit.*, t. VI, p. 321 ; Nouguier, *op. cit.*, t. I, p. 361. Il reste à résoudre une question de droit civil, à savoir si l'acheteur est immédiatement propriétaire ou s'il n'a qu'un droit de créance sur les matériaux, mais elle est sans influence sur la qualification de l'acte au point de vue de son caractère civil ou commercial.

[3] Dalloz, *op. cit.*, v° *Société*, n° 200.

[4] D., 50, 2, 90.

[5] D., 55, 5, 7.

Digitized by Google

duits mobiliers, mais, la coupe une fois faite, on restera propriétaire de la forêt qui est un immeuble; dans le second cas, ce sont des meubles qui ont été achetés. Il faut cependant décider qu'il y a, dans les deux cas, acte de commerce : c'est un achat pour revendre, et peu importe qu'il s'applique à un immeuble, puisque nous partons de ce point de vue que les achats d'immeubles pour revendre sont des actes de commerce[1].

21. VII. *Exploiter ou rechercher une mine, ou en vendre la concession.*

1° *Exploiter une mine.* — On a dit[2] que l'exploitation des mines a tous les caractères de l'acte de commerce, mais que des raisons particulières ont porté le législateur à la déclarer civile par la disposition formelle de l'article 32 de la loi du 21 avril 1810. En présence de ce texte impératif, une interprétation sévère est de rigueur, et il faut déclarer civils, uniquement à cause de leur objet déclaré civil par une loi formelle, des actes qui, sans cela, seraient commerciaux[3]. D'autre part, la vente des produits rentre nécessairement dans l'exploitation et, à ce titre, elle est civile. En soi, elle est pourtant commerciale ; car, si la mine a été concédée à un autre que le propriétaire du sol, le concessionnaire n'est en somme qu'un acheteur des produits de la mine pour les revendre; et, si le concessionnaire de la mine est en même temps propriétaire du sol, il vend les produits de son fonds; ce qui, nous le verrons, peut être en certains cas un acte de commerce. Mais la loi est formelle, et, ni dans l'un ni dans l'autre cas, le concessionnaire n'est commerçant[4]. Il n'y a même pas à distinguer si le concessionnaire vend ces produits fabriqués ou non; cette distinction résulte implicitement d'un arrêt de la cour de Paris qui aura vu, sans doute, dans la fabrication une entreprise de manufacture[5],

[1] Dalloz, *op. et v° citt.*, n° 42; Demangeat et Nouguier, *op. et loc. citt.*

[2] *Suprà*, n° 7.

[3] Dalloz, *op. et v° citt.*, n°s 276-283; v° *Compétence commerciale*, n° 103; *Mines*, n° 270; *Société*, n°s 232-236; Troplong, *op. cit.*, t. I, n°s 335-336; Paris, 22 février 1848 (D., 54, 5, 11).

[4] Cass., 31 janvier 1865 (D., 65, 1, 390).

[5] 22 février 1848 (D., 54, 5, 11).

Digitized by Google

mais elle n'est pas fondée, car ce n'est qu'un des éléments d'une exploitation que le législateur a lui-même déclarée civile.

2° *Vente de la concession d'une mine.* — C'est un acte purement civil et dont le caractère ne peut faire difficulté ; il est civil, non pas parce qu'il comprend la vente du sol avec celle de la mine (car nous admettons que la vente d'un immeuble peut être commerciale), mais parce qu'un texte formel a déclaré civile l'exploitation d'une mine et que la vendre est une manière de l'exploiter[1].

3° *Rechercher une mine.* — Il n'y a là rien de commercial, ni dans la nature même de l'acte, ni dans son but auquel la loi refuse expressément le caractère de l'acte de commerce. La société formée pour la recherche d'une mine est donc purement civile[2]. Il en serait autrement si elle faisait métier d'exploitations pour le compte d'autrui; car elle deviendrait une entreprise d'agence, laquelle est acte de commerce aux termes de l'article 632[3].

22. VIII. *Exploiter un immeuble.* — Deux hypothèses sont possibles: ou c'est le propriétaire lui-même qui exploite et alors c'est l'exploitation agricole proprement dite, l'extraction par une personne des produits naturels de la chose ; ou l'exploitation est le fait d'un tiers. Faut-il distinguer ces deux cas, ou dire que l'exploitation est de même nature dans l'un et dans l'autre? A première vue on aperçoit une différence : le propriétaire n'achète pas pour revendre, il ne fabrique pas non plus, il se borne à retirer de sa chose les produits créés naturellement par le sol; au contraire le tiers qui exploite le fonds d'autrui emploie des capitaux à une spéculation sur des produits achetés, puisqu'il en est propriétaire en vertu d'une sorte de louage ou de concession, et achetés pour être revendus, puisqu'il les distribue et les met à la disposition du public. Le premier est un agriculteur, le second un industriel. Juridiquement la différence n'est pas exacte : on la comprendrait en matière de mines si la loi ne l'avait formellement

[1] Paris, 19 mai 1855 (D., 55, 1, 381).

[2] Dalloz, *op. cit.*, v° *Société*, n° 234; Troplong, *op. cit.*, t. I, n° 333; Nancy, 28 novembre 1840 (Dalloz, *op. et v° citt.*, n° 279).

[3] Dalloz et Troplong, *op. et loc. citt.*

Digitized by Google

exclue, car le concessionnaire étranger y tient ses droits de l'État auteur de la concession, et non pas du propriétaire du sol, et on peut alors concevoir que l'exploitation par le tiers soit d'une autre nature que l'exploitation par le propriétaire. Ici, au contraire, le régime de la concession n'existe pas; si un tiers exploite le fonds d'autrui, c'est avec le consentement du propriétaire et en vertu d'un louage ou d'une concession émanés de lui; tenant ses droits du propriétaire, il ne peut exploiter autrement que lui et avec un autre caractère. Objectera-t-on que le propriétaire d'une maison ne fait généralement pas acte de commerce en louant un magasin et que le locataire de ce magasin n'en est pas moins un commerçant? Il n'y a pas d'analogie entre les deux situations: dans l'espèce, le locataire fait acte de commerce, mais ce n'est pas comme locataire de magasin, c'est à cause du commerce qu'il y a établi et qui n'a rien de commun avec le fait par un propriétaire d'exploiter son immeuble: si je loue mon rez-de-chaussée à un marchand de fers, je fais un acte civil, et si le marchand de fers fait acte de commerce, ce n'est pas en tant qu'il loue mon rez-de-chaussée, c'est parce qu'il vend et achète des fers. La cour de Metz a très-bien mis ce point en lumière en décidant par l'arrêt du 16 mars 1865 que la compagnie fermière des eaux minérales de Plombières n'est pas une société de commerce parce qu'elle tient ses droits de l'État propriétaire qui, s'il eût exploité lui-même, n'eût pas été commerçant. On peut contester la décision de la cour et je crois, en effet, que cette exploitation eût dû être déclarée commerciale; mais ce que l'arrêt fait très-nettement et très-justement ressortir, c'est l'identité de l'exploitation par un propriétaire et de l'exploitation par un tiers: « attendu qu'il est constant en « droit qu'un propriétaire ne fait pas acte de commerce en « vendant et en distribuant les produits de sa propriété; « qu'ainsi l'État propriétaire des sources et établissements « thermaux de Plombières avait, jusqu'à la concession de 1857, « maintenu dans ses mains une exploitation qui n'avait rien de « commercial; attendu que la compagnie subrogée aux droits « de l'État en vertu d'un bail qui lui donne la qualité de fer- « mière, assujettie en outre dans son action aux règlements « de haute police qui régissent les sources d'eaux minérales, « déclarées d'intérêt public, a comme lui appliqué son ex-

Digitized by Google

« ploitation aux produits de la propriété soumise à sa jouis-« sance, et, partant, n'a pas changé le caractère purement civil « de cette exploitation[1]. » Il n'y a donc qu'une seule question à examiner : l'exploitation des immeubles est-elle forcément civile ou peut-elle être commerciale? Qu'elle soit le fait du propriétaire ou le fait d'un tiers, la réponse sera la même[2].

23, Aux termes de l'article 638 du Code de commerce, « ne sont point de la compétence des tribunaux de com-« merce les actions intentées par un cultivateur ou vigneron « pour vente de denrées provenant de son crû. » En conséquence, 1° le propriétaire qui vend sa récolte en blés, betteraves, fruits ou avoines ne fait pas acte de commerce; rien de plus naturel, car cette vente n'offre aucun des caractères de la spéculation commerciale : aucun produit n'est distribué ni mis à la portée des consommateurs, c'est une chose dont le propriétaire retire les fruits naturels, c'est l'exercice du droit de jouir qui appartient au propriétaire. Aussi la Cour de cassation a-t-elle encore jugé tout récemment, le 26 juillet 1867, que le propriétaire qui vend ses avoines n'est pas commerçant[3]; 2° le vigneron qui vend son vin, l'agriculteur qui vend ses farines ne font pas acte de commerce. Il y a déjà une nuance entre ce cas et le précédent : car, au lieu de vendre les produits de son fonds tel qu'ils les ont recueillis, ils les transforment, mais cette transformation n'a encore rien de ce qui fait l'acte de commerce, c'est une préparation naturelle qui en changeant le raisin en vin et le blé en

[1] D., 65, 2, 65.

[2] 1° Exploitation par le propriétaire. *Contre la commercialité :* Douai 22 juillet 1830 (D., 31, 2, 61); Metz, 24 novembre 1840 (D., 41, 5, 8); Paris, 24 décembre 1846 (D., 49, 5, 7); tribunal civil de Bruxelles, 11 décembre 1851 (D., 54, 5, 122); Bordeaux, 23 novembre 1854 (D., 55, 5, 7); tribunal de commerce d'Aix, 7 juin 1858 (D., 59, 5, 12); tribunal de commerce de Marseille, 8 avril 1863 (D., 63, 3, 80); Dijon, 19 mars 1868 (S., 61, 2, 333); Paris, 17 août 1868 (D., 68, 2, 192). *Pour la commercialité :* Douai, 3 avril 1841 (D., 41, 2, 90); Cass., 20 février 1846 (D., 46, 1, 122); Bourges, 2 juillet 1851 (D., 52, 2, 30); Angers, 26 décembre 1855 (D., 56, 2, 113); Rouen, 28 février 1860 (D., 56, 2, 166); Angers, 21 mars 1867 (D., 67, 2, 205). — 2° Exploitation par un tiers. *Contre la commercialité :* Metz, 16 mars 1865 (D., 65, 2, 65). *Pour la commercialité :* Caen, 17 décembre 1847 (D., 48, 5, 4).

[3] D., 67, 1, 424.

Digitized by Google

farine, leur donne la forme nécessaire pour qu'ils puissent se conserver ou passer dans la consommation. Mais tout autres sont les hypothèses que nous avons en vue; tailler du schiste pour en faire des ardoises prêtes à entrer dans l'industrie, brûler du vin pour en extraire l'esprit, fabriquer du ciment ou du plâtre avec les matières premières extraites du sol, travailler le minerai, distribuer des eaux thermales et créer à l'entour les établissements nécessaires à leur exploitation, voilà des actes qui, d'abord, reçoivent des circonstances qui les accompagnent, le caractère d'actes de commerce: pour exploiter ainsi, il faut louer des ouvriers, employer des machines, mettre en circulation des effets de commerce, se livrer, en un mot, à toutes les opérations qui distinguent les spéculations mercantiles. Mais je vais plus loin et je dis qu'en eux-mêmes et par leur nature propre ils sont actes de commerce aux termes de l'article 632, et qu'ils rentrent dans l'entreprise de manufacture : le propriétaire qui s'y livre ne s'est pas borné à extraire les produits de son fonds et à leur donner la forme nécessaire à leur consommation, c'est une sorte de spécificateur qui a opéré sur sa propre chose ou sur celle d'autrui, il a transformé la matière, il a fait une *species nova*, un produit nouveau, il lui a donné une forme qui est l'œuvre d'un manufacturier; or, l'article 632 ne distingue pas, quand il déclare acte de commerce toute entreprise de manufacture, entre celui qui travaille les produits de sa chose et celui qui opère sur des matières premières extraites de la chose d'autrui. Où cesse l'exploitation agricole proprement dite? Où commence la manufacture? C'est question de fait évidemment, mais on peut poser en principe que quiconque vend les produits de son fonds, bruts ou ayant subi seulement la transformation nécessaire pour qu'ils puissent servir à leur usage naturel, fait acte civil; quiconque, au contraire, les manufacture, fait acte de commerce. Ce qui montre, au surplus, l'embarras de ceux qui considèrent comme civile l'exploitation agricole, c'est qu'ils commencent à lui trouver les caractères de l'acte de commerce quand le propriétaire joint à la fabrication des produits de son fonds celle des produits étrangers ou l'achat des matières premières provenant du fonds d'autrui: ainsi on a jugé que l'exploitation d'un haut fourneau par le propriétaire peut être un acte de

Digitized by Google

commerce, lorsqu'en outre des matières extraites de son fonds, il en a acheté d'autres et les a revendues après mise en œuvre[1], et que l'exploitation d'une forge devient une industrie commerciale, quoique la forge appartienne aux exploitants, s'ils achètent des matières premières pour les besoins de cette exploitation[2]. Voilà qui est extrêment subtil. Si je monte une usine pour y manufacturer les produits de mon fonds, je ne suis pas commerçant; mais si j'ai besoin, pour couvrir mes frais d'installation et d'entretien, de lui donner un travail plus considérable et que j'achète alors des matières étrangères pour les fabriquer avec celles que fournit mon fonds, ai-je en cela une autre intention que celle de ne pas me ruiner? Suis-je devenu spéculateur et commerçant? Certainement non; si donc mon exploitation est civile en principe, il n'y a pas de raison pour qu'elle soit jamais commerciale; et, comme il est hors de doute qu'il y a dans ce dernier cas entreprise de manufacture, il faut déclarer que cette entreprise existe toujours, soit qu'on travaille seulement les produits de son fonds, soit qu'on y joigne la fabrication des matières extraites de la chose d'autrui. Et, comme, d'autre part, l'agriculteur qui ouvrirait boutique et y vendrait en détail les produits de son fonds serait commerçant, on ne voit pas pourquoi il en serait autrement de l'agriculteur qui se fait marchand en gros.

Reste l'objection tirée de l'article 638. J'y réponds qu'il ne suppose évidemment que la vente des produits bruts ou après la transformation nécessaire pour les consommer, et que, s'ils ont été l'objet d'un travail considérable, l'opération échappe de l'article 638 et rentre dans l'entreprise de manufacture à l'article 632. Quant à l'argument fourni par l'article 32 de la loi du 21 avril 1810 qui déclare civile la vente des produits d'une mine, il n'est pas concluant, puisque nous savons que les mines sont une matière spéciale régie par des textes formels. Mais on allègue contre l'opinion que j'ai défendue l'article 13, § 4, de la loi du 25 avril 1844 sur les patentes, qui exempte les cultivateurs de la patente pour la vente et la manipulation des récoltes et des fruits

[1] Cass., 20 février 1846 (D., 46, 1, 122).
[2] Bourges, 2 juillet 1852 (D., 52, 2, 80).

Digitized by Google

provenant de terrains à eux appartenant ou par eux exploités, ou des bestiaux qu'ils élèvent, et l'article 138 de la loi de finances du 28 avril 1816, qui, astreignant à certaines obligations les distillateurs et bouilleurs de profession, en dispense implicitement les bouilleurs du cru. Il a été déjà répondu : 1° que la patente ne fait pas le commerçant et qu'on peut être commerçant sans payer patente [1]; 2° que « la pa-« tente est un impôt assis sur la valeur présumée du fonds du « commerçant qui n'est pas assujettie à un impôt, tandis que « la terre qui est le fonds de l'agriculteur est assujettie à l'im-« pôt foncier et qu'on n'aurait pu soumettre l'agriculteur à « payer patente sans le grever deux fois du même impôt [2]; » aussi, paye-t-il patente quand il transforme des fruits ou des récoltes à l'aide d'agents chimiques, de machines ou d'ustensiles autres que ceux qui sont déjà imposés comme servant aux travaux habituels de l'agriculture (loi de finances du 18 mai 1850, art. 18); 3° que des arrêts du Conseil d'État ont assujetti des cultivateurs à la patente, ainsi un propriétaire de vignobles qui faisait le commerce des vins et un propriétaire qui exploitait un four à chaux avec la pierre de ses carrières et le bois de ses forêts [3]. Les mêmes considérations répondent à l'argument tiré de l'article 13 de la loi de finances du 28 avril 1816 en ce qui concerne les bouilleurs du cru et elles prouvent que, bien qu'exempt de la patente, l'agriculteur peut être un commerçant.

24. J'arrive enfin aux deux autres questions que je me suis proposé d'examiner et qui n'ont, par rapport à la précédente, qu'un intérêt secondaire : 1° les actes relatifs aux immeubles peuvent-ils être commerciaux par leur relation avec le commerce de leur auteur? 2° la construction d'un immeuble peut-elle être un acte de commerce ?

25. I. *Les actes relatifs aux immeubles peuvent-ils être commerciaux accessoirement?* — Il y a des actes qui sont commerciaux par leur nature et entre toutes personnes; d'autres ne le sont que s'ils ont lieu entre deux personnes dont l'une

[1] Metz, 24 novembre 1840 (D., 51, 5, 8); Paris, 24 septembre 1846 (D., 49, 5, 7).

[2] Massé, *op. cit.*, t. I, n° 22.

[3] 20 octobre 1819 (S., 20, 2, 69); 1er juillet 1839 (Dev. Car., 40, 2, 141).

Digitized by Google

au moins est commerçante et à l'occasion de son commerce [1]. Ceux-ci ont-ils ce caractère quand leur objet sera immobilier? La question peut se présenter pour l'acquisition d'une maison qui est déjà ou que l'acheteur destine à devenir le siége d'opérations commerciales, pour la location d'une maison faite dans la même intention, enfin pour la vente d'une maison où est établi un fonds de commerce. Au point où nous sommes arrivé, la question ne fait pas de doute pour nous. Les auteurs et la jurisprudence sont à peu près fixés en ce sens que l'achat d'un fonds de commerce non pour le louer ni le revendre, mais pour l'exploiter, est une opération commerciale par le rapport qu'elle a avec le commerce de l'acheteur, qu'il soit déjà commerçant ou qu'il se propose de le devenir [2]: et en effet, d'un côté, l'installation matérielle, les outils, les ustensiles, l'achalandage, tout cela est mobilier et se prête par sa nature aux transactions commerciales; d'autre part, il y a engagement entre deux personnes dont l'une au moins est commerçante et agit pour son commerce. Il en sera de même si l'acquisition du fonds de commerce comprend l'achat de la maison qui en est le siége ou si l'on achète une maison pour l'y établir, car c'est encore un acte fait entre deux personnes dont l'une

[1] *Suprà*, n° 9, en note.

[2] Horson, *Questions de droit commercial*, t. II, quest. 184 et 197; Nouguier, *op. cit.*, t. I, p. 389; Orillard, *op. cit.*, n° 261; Pont, *Revue critique*, 1856, t. I, p. 599; Bourges, 24 avril 1843 (D., 47, 4, 6); Rouen, 13 septembre 1844 (45, 4, 7); Bordeaux, 14 novembre 1848 (D., 49, 2, 118); Paris, 20 juin et 12 novembre 1849 (D., 50, 5, 8); Douai, 5 mars et 30 juillet 1850 (J. P., 51, 2, 443); Montpellier, 12 novembre 1852 (D., 52, 5, 8); Dijon, 16 mai 1859 (D., 59, 5, 9); Paris, 10 janvier 1862 (D., 62, 5, 8). Il y a quelque hésitation dans ces arrêts sur le point de savoir si l'achat d'un fond de commerce est commercial par lui-même ou accessoirement: il le serait par lui-même d'après les cours de Rouen (13 septembre 1844) et de Bordeaux (14 novembre 1848); il le serait accessoirement d'après la cour de Paris (12 novembre 1849). La question n'a pas d'intérêt: les actes commerciaux par leur nature le sont entre toutes personnes; les actes commerciaux accessoirement ne le sont que si un commerçant y a pris part et pour les affaires de son commerce; mais comme l'achat d'un fond de commerce sera toujours fait par un négociant, il est indifférent qu'il tire sa qualité d'acte de commerce de sa nature ou de sa relation avec le commerce de son auteur. Au fond il est plus exact d'y voir un acte commercial accessoirement, car il ne rentre ni dans l'achat pour revendre ou pour louer, ni dans les autres actes qui sont commerciaux par leur nature, aux termes des articles 632 et 633.— *Contrà*, Cass. 24 avril 1861 (D., 61, 1, 256).

Digitized by Google

est commerçante et dans l'intérêt de son commerce, et peu importe que la chose achetée soit un immeuble, puisqu'un immeuble peut être, suivant nous, l'objet d'une opération commerciale. J'en dirai autant, et par la même raison, de l'acte par lequel on prend à bail un fonds de commerce avec la maison où il est établi ou bien une maison pour y installer ce fonds de commerce [1]. Sera enfin acte de commerce la vente par un commerçant qui se retire des affaires; de son fonds de commerce et de l'immeuble qui en est le siége : la jurisprudence considère comme un acte de commerce la vente d'un fonds de commerce [2] et la vente de l'immeuble où il est établi doit l'être également puisqu'elle rentre dans les engagements entre négociants prévus par l'article 631, et qu'un acte de commerce peut s'appliquer à un immeuble.

26. II. *La construction d'un immeuble peut-elle être un acte de commerce?* — Je serai encore plus bref sur cette question au sujet de laquelle tout a été dit : on est unanime à reconnaître que le fait par un propriétaire de construire sur son sol n'a rien de commercial [3], mais on se divise dans l'hypothèse des constructions élevées par une personne sur le sol d'autrui à la suite et en exécution d'un contrat passé avec le propriétaire foncier. Les uns distinguent suivant que le constructeur achète les matériaux qu'il fournit ou qu'il se borne à fournir le travail des ouvriers et les matériaux extraits de son fonds : il y a dans le premier cas achat pour revendre, donc acte de commerce; dans le second il n'y a qu'un louage d'industrie, acte purement civil. Les autres distinguent selon qu'il s'agit d'un acte isolé de construction ou que le constructeur est un entrepreneur de profession. Quelques-uns remarquent enfin que la construction d'un chemin de fer est toujours et dans tous les cas acte de commerce, à titre d'entreprise de transport et aux termes formels de l'article 632. Ces distinctions ne sont pas exactes. Si le constructeur fournit le travail de ses ouvriers, c'est leur industrie qu'il achète pour la louer, et il fait en cela acte de commerce; s'il fournit les

[1] *Contrà*, Paris, 22 mars 1852 (D., 51, 2, 90).

[2] Orléans, 25 janvier 1850 (D., 52, 2, 75); Lyon, 15 mars 1856 (D., 56, 2, 201); Paris, 25 juin 1853 (D., 59, 5, 10); *Contrà*, Cass., 13 décembre 1856 (D., 57, 1, 170).

[3] *Suprà*, n° 18.

Digitized by Google

matériaux extraits de sa chose, il fait encore acte de commerce, comme nous l'avons établi plus haut [1]; enfin la construction, si elle est commerciale, le sera par sa nature, et il importera peu qu'elle soit un travail isolé ou l'œuvre d'un entrepreneur de profession. Décidons en conséquence que la construction par un tiers sur le terrain d'autrui en vertu d'un marché passé avec le propriétaire est un acte de commerce: à l'objection tirée de la nature immobilière de la construction, répondons que les actes de commerce peuvent s'appliquer aux immeubles; et à celle tirée de l'article 633 qui ne répute commerciales que les constructions navales, répondons, comme nous l'avons déjà fait, que les articles 631 et suivants du Code de commerce ne sont pas limitatifs et qu'il ne faut pas chercher dans leur nomenclature, mais dans la nature même des choses, la solution du point de savoir quand un acte est civil et quand il est commercial [2]. EUGÈNE GARSONNET.

LE SECRET MÉDICAL

AU POINT DE VUE DE LA RÉVÉLATION DES CRIMES ET DES DÉLITS [3].

Par H. HÉMAR, docteur en droit, avocat général près la Cour de Paris.

La Société de médecine légale a bien voulu nous confier l'étude de la question suivante : — « *Dans quelles conditions*

[1] *Suprà.* nos 22-23.

[2] V. sur cette question Dalloz, *op. et v° citt.*, nos 203-214; v° *Compétence commerciale*, n° 102; Massé, *op. cit.*, t. II, n° 1385; Merlin, *op. et v° citt.*, § 6; Pardessus, *op. cit.*, t. I, n° 36; Troplong, *op. cit.*, t. II, nos 351-352.— *Pour la commercialité:* Orléans, 14 mai 1844 (D., 46, 2, 30); Poitiers, 20 février 1851 (D., 52, 2, 129); Bourges, 5 août 1853 (D., 54, 5, 11); Besançon, 30 juin 1856 (D., 56, 2, 60); Cass., 8 mai 1866 (D., 66, 1, 300) et 3 février 1869 (D., 69, 1, 160). *Contre la commercialité* : Nancy, 8 juillet 1846 (D., 46, 2, 36), 9 août 1810 (D., 50, 2, 202) et 14 mai 1856 (D., 56, 2, 194); Chambéry, 14 mai 1863 (D., 64, 5, 6).

[3] Mémoire lu à la Société de médecine légale dans les séances des 5 octobre et 9 novembre 1868.

Ce travail a déjà été publié dans les *Annales d'hygiène.* Quoique notre revue ait pour règle de ne publier que des travaux inédits, nos lecteurs nous sauront gré de leur faire connaître un article où une des questions les plus délicates du droit criminel a été traitée avec une lucidité remarquable. (*Note de la direction.*)

Digitized by Google

le médecin est-il tenu de révéler un crime? Dans quelles conditions doit-il en garder le secret [1] *?* » — Ainsi posée, la question se rattache intimement à la matière plus générale du *secret médical*, mais elle ne l'embrasse pas dans son ensemble. Limitée au point de vue du crime ou du délit dont le médecin a connaissance dans l'exercice de sa profession, elle provoque l'examen des règles juridiques spéciales à cette hypothèse. Pour déterminer ces règles, il convient, je crois, d'envisager notre sujet sous le double aspect qu'il présente, et de traiter successivement :

I. De la *révélation prohibée;*

II. De la *révélation obligatoire.*

I. — De la révélation prohibée.

La révélation du crime ou du délit dont il doit la connaissance à la pratique de son art, n'est légalement interdite au médecin que dans les deux cas suivants :

1° *Si cette révélation présente le caractère du délit prévu et puni par l'article* 378 *du Code pénal;*

2° *Si elle constitue la faute définie par le Code civil au chapitre des délits et des quasi-délits* (C. civ. art. 1882 et suiv.).

Examinons chacun de ces deux cas.

1° *De la révélation prévue et punie par l'article* 378. *du Code pénal.*

Cet article est ainsi conçu : « Les médecins, chirurgiens et « autres officiers de santé, ainsi que les pharmaciens, les « sages-femmes et toutes autres personnes dépositaires, par « état ou profession, des secrets qu'on leur confie, qui, hors « les cas où la loi les oblige à se porter dénonciateurs, auront « révélé ces secrets, seront punis d'un emprisonnement d'un « mois à six mois, et d'une amende de 100 fr. à 500 fr. »

La lecture de cet article suffit pour donner une notion exacte de la *révélation.* Il faut évidemment entendre par là tout acte qui fait passer le fait révélé de l'état de fait secret à l'état de fait connu. On peut donc décider :

1° Que la révélation n'est pas délictueuse si elle s'applique à un crime ou à un délit déjà divulgués par des incidents ju-

[1] Discours de M. le président Devergie, séance du 13 juillet 1868.

Digitized by Google

diciaires, ou tombés, de toute autre manière, dans le domaine de la notoriété publique ;

2° Qu'une simple confidence faite à une personne isolée, peut enlever au crime ou au délit le caractère de secret qu'il avait conservé jusqu'alors, et rendre le médecin passible des peines édictées par la loi. A ce point de vue, la révélation et la publication se présentent sous des aspects très-différents. La publication n'est point nécessaire pour constituer le délit. La révélation la plus restreinte peut suffire [1].

La doctrine reconnaît que le délit se caractérise par un ensemble de conditions relatives :

A. *A la qualité de l'agent ;*
B. *A la nature des faits révélés ;*
C. *A l'intention qui dicte la révélation.*

A. *Qualité de l'agent.* — La révélation de secret n'est délictueuse que si elle émane d'une personne appartenant à l'une des professions spécifiées par le législateur. A ce point de vue, l'interprétation de la loi n'offre aucune difficulté. L'énumération de l'article 378 embrasse non-seulement le corps médical tout entier, mais comprend aussi les professions qui s'y rattachent par une évidente solidarité. Le devoir du secret pèse sur le *chirurgien*, l'*officier de santé*, le *pharmacien* et la *sage-femme*. Tous sont *dépositaires par état ou profession des secrets qu'on leur confie*. Ce devoir est élevé, en ce qui les concerne, à la hauteur d'*une obligation légale*.

Il en serait différemment des professions qui ne rentreraient pas dans l'énumération de loi. L'obligation du secret n'est plus alors qu'un devoir purement moral, dont la violation n'entraîne aucune pénalité. Aussi la chambre criminelle de la Cour de cassation a-t-elle décidé « que les dispositions res-« trictives de l'article 378 du Code pénal ne sauraient être « étendues à ceux qui, sous la direction d'un médecin, sont « appelés accidentellement à soigner un malade [2]. »

B. *Nature du fait révélé.* — Dans cet ordre d'idées, la prohibition de l'article 378 n'existe que si la révélation porte sur

[1] Dalloz, *Répertoire de législation*, v° *Révélation de secrets*, n° 6.
[2] Chambre criminelle, 8 décembre 1864 (Degouts). *Bulletin criminel*, 1864, n° 278, p. 492.

Digitized by Google

un fait *confié au médecin à raison de son état et de sa profession.*

Quelle sera la mesure de cette confidence? Dans quelles conditions le médecin deviendra-t-il dépositaire d'un secret inviolable ? Question grave et délicate. Ce ne serait pas, suivant nous, étendre les termes essentiellement restrictifs de la loi pénale, que de comprendre dans cette confidence non-seulement les aveux et les déclarations du malade ou des personnes qui l'entourent, mais aussi toutes les constatations médicales qui, même à l'insu de ce malade, sont la conséquence de l'appel fait à la science. Pour préciser notre pensée nous empruntons l'exemple suivant au *Journal général de médecine*, cité par M. Trébuchet [1]. « Un médecin appelé auprès d'une femme qui est menacée d'une fausse couche, explore l'état des parties génitales ; il trouve une plaie au museau de tanche.... Un instrument piquant a été implanté sur cette partie. Une tentative de provocation d'avortement, au moyen de cet instrument a été faite : il n'en peut douter, que faire ? Il n'est pas tenu au secret par la loi, car on ne lui a rien confié. » — Nous repoussons au nom du droit, une pareille appréciation. Nous croyons que la confidence légale existe et qu'elle produit le devoir absolu du secret. La solution donnée par le *Journal général de médecine* est du reste blâmée par MM. Dalloz [2]. «Nous ne pensons pas, disent ces auteurs, que l'on puisse dire sérieusement que la femme qui aura permis au médecin d'examiner ses parties génitales, ne lui a rien confié, car il est facile de comprendre qu'en se livrant à l'examen d'un homme de l'art, elle lui a confié tout ce qu'il peut apprendre par les investigations auxquelles elle se prête. »

Il faut également comprendre dans le *secret confié à raison de l'état ou de la profession*, la révélation du crime ou du délit qui résulterait des discours tenus au lit du malade, par la famille qui l'entoure et le soigne, alors même que les paroles échangées par les assistants ne se rapportaient pas directement aux lésions dont le médecin doit combattre les progrès. Ce médecin apprend, par exemple, que le malade

[1] *Jurisprudence de la médecine*, p. 284.
[2] *Répertoire*, v° cit., n° 18.

Digitized by Google

a été frappé en duel; le nom de l'adversaire lui est révélé. Il surprend, dans un propos imprudent, le projet d'anéantir, par une suppression de testament, des libéralités qui inquiètent la famille. La loi du secret pèse sur lui, car la porte du moribond ne s'est ouverte, à son approche, qu'à raison de son état ou de sa profession. L'exigence du devoir ne fléchit pas devant l'infamie d'autrui. Cette doctrine est enseignée par Domat. « Comme les médecins, les chirur-« giens et les apothicaires ont souvent des occasions où les « secrets des malades ou de leurs familles leur sont décou-« verts, soit par la confiance qu'on peut avoir en eux ou « par les conjectures qui rendent leur présence nécessaire « dans le temps où l'on traite d'affaires ou autres choses « qui demandent le secret, c'est un de leurs devoirs de ne « pas abuser de la confiance qu'on leur a faite et de garder « exactement et fidèlement le secret des choses qui sont « venues à leur connaissance et qui doivent rester se-« crètes [1]. »

Mais il n'est pas nécessaire que le fait ait été expressément confié *à titre de secret*. Toute confidence du malade étant le résultat de la nécessité où il se trouve d'invoquer le secours de la science, est présumée faite sous le sceau du secret. C'est ce que la doctrine qualifie de *secret nécessaire*. Ainsi que l'a dit M. l'avocat général Quenault : « Entre le malade et son mé-« decin, les confidences sur les causes de la maladie sont « forcées, puisqu'elles peuvent seules mettre sur la voie de la « guérison. Le dépôt des secrets du malade dans la conscience « du médecin est donc un dépôt nécessaire » [2]. Ce serait, en conséquence, au médecin révélateur à prouver que la confidence divulguée ne lui a pas été faite à titre de secret. Dans le cas de crime ou de délit avoués par le malade, cette présomption équivaudra presque à la certitude. Il en sera autrement dans le cas contraire. Il est évident, par exemple, que la victime d'un attentat dont elle ignore l'existence ou la gravité, loin d'exiger le silence d'un homme de l'art, pourra réclamer son concours soit pour obtenir la protection qui lui est néces-

[1] Domat, *Droit public*, liv. I, tit. 17, sect. 2, n° 13, édition 1747, t. II, p. 129.

[2] Dalloz, *Répertoire périodique*, 45, 1, 340 (Dr Saint-Pair).

Digitized by Google

saire, soit pour s'assurer une réparation légitime et provoquer la répression.

C. *Intention qui a dicté la révélation.*

La révélation n'est délictueuse que si elle a été faite avec l'intention de nuire.

L'intention criminelle est, en droit commun, l'un des éléments fondamentaux des crimes et des délits, et c'est par exception seulement que la loi pénale incrimine certains actes nuisibles, sans tenir compte de la volonté de l'agent. L'article 378 appartient au droit commun. Placé sous la rubrique *des calomnies et injures*, la révélation des secrets participe de la nature de ces délits. Elle constitue, en elle-même, une sorte de diffamation qui ne se comprendrait pas sans le dessein de diffamer et de nuire. Le langage tenu par les orateurs du gouvernement ne laisse aucune incertitude à cet égard : « Ne « doit-on pas considérer comme un délit grave, disait M. Faure « dans l'exposé des motifs, des révélations qui souvent ne « tendent à rien moins qu'à compromettre la réputation de la « personne dont le secret est trahi..., enfin à ne montrer que « des traîtres dans ceux dont l'état semble ne devoir offrir « que des êtres bienfaisants et consolateurs [1]. » — M. Monseignat, au nom de la commission législative, ajoutait : « Cette « disposition est nouvelle dans nos lois ; il serait à désirer que « la délicatesse la rendît inutile ; mais combien ne voit-on pas « de personnes dépositaires de secrets dus à leur état, sacrifier leur devoir à la causticité, se jouer des sujets les plus « graves... et déverser ainsi la honte sur les individus, en portant la désolation dans les familles [2]. »

L'opinion contraire est cependant enseignée par M. Rauter [3]. Suivant cet auteur, « le délit consiste dans la violation du « dépôt de confiance fait aux personnes dont il s'agit. L'intention criminelle existe donc par cela seul que le dépositaire « viole volontairement ce dépôt et se met ainsi au-dessus de « la loi ; il n'est donc pas nécessaire qu'il veuille nuire à la « personne dont la confiance est lésée, il suffit qu'il veuille nuire

[1] Locré, *Législation civile et criminelle de la France*, t. XXX, p. 494, n° 4.

[2] Locré, *ibid.*, p. 539, n° 38.

[3] Rauter, *Traité du droit criminel*, II, p. 104.

Digitized by Google

« au dépôt qu'il a reçu. » Cette doctrine, trop subtile et trop absolue, a été rejetée par les auteurs et par la Cour de cassation [1]. Elle induit du mot *dépositaire*, employé par l'article 378, des conséquences dont l'exagération est manifeste. La volonté du législateur n'est pas de punir le préjudice causé à l'individualité abstraite du *dépôt*, mais de prévenir et de réprimer des actes dangereux pour la personnalité réelle du déposant. Or, rien n'indique que, pour parvenir à ce résultat, la loi ait eu recours à des incriminations exceptionnelles. Comment douter d'ailleurs de la nécessité de l'intention criminelle, quand on entend les orateurs du gouvernement qualifier de *traîtres* les médecins qui s'écartent de la grande loi du secret? Telle est, du reste, la doctrine déjà ancienne de la Cour de cassation. « Attendu, dit la Cour, que l'article 378 « est placé sous la rubrique des calomnies, injures, et révéla- « tions de secrets, qu'il a pour objet de punir les révélations « indiscrètes inspirées par la méchanceté et le dessein de « diffamer et de nuire [2]. »

L'intention criminelle étant l'un des éléments du délit, la preuve devra en être faite par la prévention. C'est là un des principes de notre droit moderne. MM. Hélie, Chauveau et Dalloz [3] pensent cependant « que le seul fait d'une indis- « crétion volontaire doit faire présumer l'intention de nuire « et que c'est au prévenu à justifier qu'il n'avait pas cette « intention. » Rien dans la loi ne nous paraît autoriser une dérogation à des règles qui touchent de si près à l'intérêt social.

C'est également au point de vue de l'intérêt social que l'intention criminelle doit être appréciée. Aussi n'est-il pas possible de reconnaître un caractère délictueux à une révélation faite en vue d'un devoir civique. Les pénalités de l'article 378 du Code pénal ne sont donc pas applicables au médecin qui dénoncera à l'autorité judiciaire les crimes ou les

[1] Chauveau et Hélie, *Théorie du Code pénal*, t. V, n° 1691. Dalloz, *Répertoire*, v° cit., n° 38.

[2] Ch. crim. rej., 23 juillet 1830 (Crescent, c. min. public), D. P., 30, 1, 321; Dalloz, *Répertoire*, v° *Témoin*, n° 46.

[3] *Théorie du Code pénal*, V, n° 1691; Dalloz, *Répertoire*, v° *Révélation de secrets*, n° 33.

Digitized by Google

délits dont il aura été témoin dans l'exercice de sa profession. Nous examinerons plus loin si l'article 30 du Code d'instruction criminelle et ces mots de l'article 378 «*hors le cas « où la loi les oblige à se porter dénonciateurs,* » imposent aux médecins l'*obligation* de la dénonciation. Il nous suffit de reconnaître, quant à présent, que ces textes lui donnent le *droit* de rompre le silence sans s'exposer à une condamnation correctionnelle. Ainsi que l'enseignent MM. Dalloz [1] : « La « volonté des médecins se trouve alors soumise à celle de la « loi, qui leur commande de parler; ils ne peuvent donc « être coupables, à ses yeux, pour lui avoir obéi. »

La même solution s'applique au médecin qui, appelé en témoignage, révèle à la justice le secret du crime ou du délit dont il est dépositaire. L'accomplissement, trop complet peut-être d'un devoir légal, exclut la pensée de nuire [2].

Nous considérons aussi comme exempte d'intention criminelle la révélation faite, dans certains cas, aux supérieurs légitimes ou surveillants légaux de l'auteur d'un crime ou d'un délit. Exemple : Un médecin est appelé par des parents ou par des maîtres auprès d'une jeune fille dont la santé semble compromise. Il reconnaît une grossesse soigneusement dissimulée et arrivée à son dernier terme; l'accouchement est imminent : rien n'est disposé pour recevoir l'enfant; la jeune fille proteste encore de sa pureté, malgré les constatations de la science. Le crime d'infanticide se prépare. — Ou bien, l'accouchement a eu lieu depuis quelques heures; le fœtus a disparu; le crime est consommé. L'avertissement que le médecin jugerait devoir donner, dans ces différentes hypothèses, aux parents ou au maître qui ont provoqué son intervention n'étant pas inspiré par la volonté de nuire, ne l'exposerait pas aux rigueurs de la loi.

Il faut également décider que le médecin n'encourra aucune responsabilité pénale pour avoir révélé le secret dont il est dépositaire, après en avoir reçu l'autorisation de celui qui le lui a confié. Le consentement ainsi donné n'impose

[1] Dalloz, *Répertoire*, v° cit., n° 24.

[2] Chauveau et Hélie, *op. cit.*, n° 1697, t. V, p. 19; Dalloz, *Répertoire*, v° cit., n° 31.

Digitized by Google

pas au médecin l'obligation de rompre le silence, mais il ne permet plus de présumer l'intention de nuire. Le délit ne se constitue pas [1].

Un arrêt de la Cour de Montpellier, du 24 septembre 1827 [2], et un autre arrêt de Cour de Grenoble, du 23 août 1828 [3] ont jugé, il est vrai, que l'obligation du secret continue d'exister dans le cas même où celui qui l'a confié en demande la révélation. Ces décisions parfaitement juridiques d'ailleurs, se concilient sans peine avec notre solution. Elles s'appliquent au notaire et au médecin qui, malgré le consentement donné, persistent à refuser de déposer en justice. Les deux Cours déclarent que l'amende portée par la loi contre les témoins défaillants n'est pas encourue. Mais elles n'ont pas décidé et ne pouvaient décider que ce consentement n'est pas exclusif de l'intention frauduleuse du chef du médecin révélateur. Ces deux arrêts ne touchent donc pas à la question qui nous occupe.

On doit remarquer cependant que le consentement donné par une partie intéressée n'affranchirait pas complétement le médecin d'une poursuite ultérieure, si le secret concernait, en même temps, d'autres personnes dont l'autorisation ne serait pas rapportée. L'arrêt de la Cour de Grenoble fournit, à cet égard, des indications utiles. La dame Rémusat demandait sa séparation de corps, en se fondant sur ce qu'elle avait été victime d'une maladie honteuse communiquée par son mari. Elle invoquait la déposition du docteur Fournier qui l'avait traitée dans sa maladie. La Cour a jugé que les deux époux étaient également intéressés à la conservation de ce secret, « que le sieur Rémusat aurait pu, de diverses manières, « prendre part à la confidence faite par sa femme au méde- « cin, et que, sous ce rapport, le secret de la dame Rémusat « aurait aussi été celui de son mari ; » qu'en se refusant à une révélation « qui aurait pu compromettre les intérêts d'un « tiers qui n'aurait pas été étranger au secret, le docteur « Fournier a donné la mesure de son respect pour la loi, la « morale et l'ordre public. »

[1] Dalloz, *loc. cit.*, n°s 34, 35; Chauveau et Hélie, *op. cit.*, n° 1698.

[2] Teyssier c. T....; Dalloz, *Répertoire*, v° *Témoin*, n° 47.

[3] Fournier c. de Rémusat, *loc. cit.*, n° 49.

Digitized by Google

Ces distinctions trouveraient leur application dans le cas où la femme qui s'est procuré l'avortement et l'auteur des violences abortives, effrayés des conséquences de leurs manœuvres, auraient fait appel aux secours de la médecine régulière. Le secret est confié par les deux coupables simultanément; il ne peut être révélé sans le consentement individuel de chacun d'eux.

L'action en payement d'honoraires intentée par le médecin contre son client peut entraîner, dans certaines circonstances, la révélation d'un crime ou d'un délit. Exemple: un médecin a soigné pendant qu'elle était enceinte, et au moment de son accouchement, une femme séparée de corps, dont la grossesse ne peut être attribuée légalement au mari. L'instance judiciaire divulguera presque nécessairement le délit d'adultère. Il en serait de même des soins donnés à une femme qui se serait prêtée à une tentative d'avortement. L'homme de l'art encourra-t-il dans cette hypothèse les pénalités de l'article 378 du Code pénal?

Les principes que nous venons d'exposer permettent de résoudre cette question. La demande introduite ainsi en justice n'entraînera aucune responsabilité pénale, dans le cas où, dégagée de toute intention de nuire, elle ne sera que l'exercice d'un droit dont la loi reconnaît l'existence (art. 2272 C. civ.). Autrement, en effet, les peines portées contre les révélateurs de secrets frapperaient d'inefficacité les réclamations les plus justes et deviendraient une institution protectrice de la mauvaise foi et de la cupidité. Ce serait donner à l'article 378 du Code pénal une portée abusive que de l'opposer au médecin pour le contraindre à l'abandon de ses droits.

Il en sera différemment, si la demande est dictée par une pensée de diffamation coupable. Elle pourra motiver, dans ce cas, la citation de la partie lésée ou du ministère public devant la juridiction répressive. La preuve de la volonté de nuire, sans laquelle le délit ne peut exister, résultera soit des circonstances dans lesquelles la demande aura été formée, soit des négociations qui auront précédé l'appel fait à la justice, soit enfin des termes employés dans la rédaction des actes de procédure. La légitimité d'une demande ne justifie pas les excès dont elle est accompagnée; aussi les détails scandaleux ou déshonorants donnés sans nécessité dans les écritu-

Digitized by Google

res, peuvent rendre la révélation délictueuse, en manifestant le motif qui l'a inspirée.

Telle était notre ancienne jurisprudence. M. Trébuchet[1] cite un arrêt du parlement de Paris du 25 septembre 1600 et une sentence du bailliage criminel d'Évreux du 14 août 1747, confirmée par arrêt du parlement de Rouen du 8 novembre suivant, qui interdit pour six ans et condamne à 10 livres d'amende un chirurgien d'Évreux qui, dans une demande d'honoraires signifiée par huissier, avait mentionné l'affection scorbutique dont il avait traité un chanoine.

Des excès de ce genre ont été réprimés par le tribunal correctionnel de la Seine, dans une circonstance qu'il importe de rappeler, pour préciser les distinctions que nous venons d'établir. Le sieur Halbrand, médecin, se prétendant créancier du sieur N..... d'une note d'honoraires s'élevant à 300 francs, le fit citer par acte extrajudiciaire en conciliation et remit entre les mains de l'huissier une note ainsi conçue: « Doit M. N..... la somme de 300 francs, soit pour visites et « soins donnés à sa belle-mère dans une maladie, soit pour « consultations, opérations et soins donnés à sa femme affec- « tée d'une maladie vénérienne qui lui avait été communiquée « par son mari, soit pour consultations à heure fixe, cautéri- « sations de chancres de mauvaise nature, ulcères vénériens, « rhagades, choux-fleurs, pratiquées sur lui-même et l'avoir « traité et guéri de deux maladies syphilitiques graves, con- « tractées à des époques différentes, dans le courant des « années 1862 et 1863. » L'huissier, dans la citation, reproduisit les énonciations essentielles de cette note, dont il atténua cependant les parties les plus compromettantes. Le sieur N..... cita Halbrand en police correctionnelle.

Le 11 mars 1864, le tribunal de la Seine (6e chambre), condamna le prévenu à une année d'emprisonnement, 500 francs d'amende, cinq ans de surveillance et 1000 fr. de dommages-intérêts envers la partie civile. Pour justifier cette condamnation au maximum des peines de la récidive, le tribunal, loin de se fonder sur la révélation résultant de l'action intentée, vise au contraire, en les spécifiant, les circonstances qui impriment à cette action un caractère délictueux. Voici la partie

[1] *Jurisprudence de la médecine*, p. 274, 275.

Digitized by Google

importante de cette sentence : « En ce qui touche le délit de « divulgation de secret : Attendu que les énonciations de l'acte « extrajudiciaire du 4 décembre 1863, singulièrement aggra- « vées par les détails donnés dans une note de la propre main « d'Halbrand, et remise à l'huissier Gendrier, constituent la « révélation de faits d'une haute gravité ; que ces faits seraient « parvenus à la connaissance d'Halbrand en sa qualité de mé- « decin et dans l'exercice de sa profession ; que le tribunal ne « peut ni ne doit examiner si ces faits ont réellement existé ; « qu'il doit prendre pour base de sa décision la déclaration « même de l'inculpé, qui, à l'audience, a persisté à en affirmer « l'existence ; attendu que cette révélation a été faite dans une « intention de nuire et dans une pensée de lucre, et afin d'ob- « tenir sans contestation les 300 francs réclamés ; attendu qu'il « résulte de ce que dessus qu'Halbrand s'est rendu coupable « du délit prévu et puni par l'article 378 du Code pénal com- « biné avec l'article 57 du même Code, en raison de la con- « damnation prononcée pour crime, par la Cour d'assises des « Hautes-Alpes, condamne... »

Appel. — Arrêt du 14 avril 1864 qui confirme, avec adoption pure et simple des motifs. Halbrand se pourvut en cassation et se désista ensuite [1].

Du principe que l'action en payement d'honoraires peut être impunément portée en justice, il résulte que le médecin demandeur peut fournir à ses conseils tous les documents qui paraîtront à ceux-ci de nature à édifier le tribunal. Il est évident, en effet, que la justice, légalement saisie, ne peut statuer qu'en vue des éléments de décision qui lui sont soumis et que l'utilité des moyens de preuve ne peut être appréciée, avant la discussion, que par l'avoué ou l'avocat. Ce serait sur eux que pèserait la responsabilité pénale ou disciplinaire d'une divulgation qui ne serait pas commandée par les exigences du débat.

N'oublions pas d'ailleurs que les nécessités judiciaires assurent parfois l'immunité à des délits punis par la loi crimi-

[1] *Bulletin de la Cour impériale*, 1864, n° 260, p. 913 ; voy. *Union médicale* du 12 avril 1864, M. Lavaux, *Du secret en médecine dans ses rapports avec la jurisprudence*, thèse pour le doctorat, p. 47. Cette dissertation contient un grand nombre de documents utiles à consulter.

Digitized by Google

nelle, mais qu'en même temps les tribunaux sont armés du pouvoir de réprimer des écarts dangereux. L'article 37 du décret du 14 décembre 1810, maintenu comme usage du barreau par l'article 45 de l'ordonnance du 20 novembre 1822, défend aux avocats « *d'avancer aucun fait grave contre* « *l'honneur et la réputation des parties, à moins que la nécessité* « *de la cause ne l'exige, et qu'ils n'en aient charge expresse et* « *par écrit de leurs clients.* » — L'article 23 de la loi du 17 mai 1819 porte : « *Ne donneront lieu à aucune action en diffa-* « *mation ou injure les discours prononcés ou les écrits produits* « *devant les tribunaux : pourront, néanmoins, les juges saisis de* « *la cause, en statuant sur le fond, prononcer la suppression des* « *écrits injurieux ou diffamatoires, et condamner qui il appar-* « *tiendra en des dommages-intérêts.* » Ces textes indiquent clairement la pensée du législateur. Le délit de révélation de secret participe de la nature de la diffamation et de l'injure. Or cette révélation, se produisant comme conséquence d'une demande d'honoraires et n'impliquant d'ailleurs aucune pensée de nuire, échappe à toute incrimination légale.

Nous ne voulons pas aller plus loin dans cette voie. Des autorités considérables, appartenant au corps médical, proscrivent toute demande d'honoraires qui pourrait conduire à la révélation du secret confié : *Le secret partout et toujours*, telle est la seule règle de conduite qu'ils veuillent connaître. Nous n'entendons pas contredire des doctrines qui procèdent d'une notion aussi élevée du devoir professionnel. Nous ferons seulement observer qu'en les admettant dans toute leur rigueur, il ne faudrait pas en conclure à l'application des peines correctionnelles au médecin qui, réclamant les honoraires, révèle le secret médical. Ce sont là des thèses distinctes et dépourvues de point de contact entre elles. Le médecin juriste interprète les textes du droit positif, sans chercher à s'élever aux sphères plus hautes de morale médicale. Dans toutes les professions, la conscience individuelle de l'honnête homme est plus exigeante que la loi générale[1].

Tels sont les enseignements du Code pénal sur la révélation prohibée.

[1] Voy. sur cette matière : Trébuchet, *op. cit.*, p. 262 ; un article de M. Chaudé, *Ann. d'hyg.*, avril 1864 ; lettre de M. le docteur Jeannel dans l'*Union médicale* du 26 avril 1864.

Digitized by Google

Interrogeons le droit civil :

2° *De la révélation envisagée comme constituant la faute définie par le Code civil au chapitre des délits et quasi-délits.*

Les délits et les quasi-délits ont un caractère commun et essentiel. Ce sont des faits qui portent préjudice à autrui.

La loi civile entend par *délit* toute action illicite par laquelle une personne lèse *sciemment* et *méchamment* le droit d'autrui [1].

Un *quasi-délit* est un fait par lequel on porte préjudice à autrui *sans avoir intention de nuire* [2].

Ces définitions se réfèrent aux articles 1382 et 1383 du Code Napoléon. Il en résulte que le délit et le quasi-délit ne diffèrent l'un de l'autre que par l'existence ou l'inexistence de l'intention de nuire. Sauf cette réserve, ces deux faits juridiques se confondent. Ils se composent des mêmes éléments et produisent tous deux l'*obligation de réparer*.

Cette obligation a pour sanction l'*action en dommages-intérêts* qui appartient à la partie lésée.

La révélation du crime ou du délit connus sous le sceau du secret médical, et accomplie avec l'intention de nuire, constitue en même temps le délit correctionnel prévu par l'article 378 du Code pénal et le délit civil prévu par l'article 1382 du Code Napoléon. Accomplie sans intention de nuire, la révélation peut encore constituer un quasi-délit. Il faut donc rechercher les éléments du quasi-délit.

Ces éléments, qui sont également communs au délit, sont les suivants. Il faut :

A. *Que le fait soit illicite;*

B. *Qu'il soit imputable à son auteur.*

A *Fait illicite. — Le fait est illicite s'il porte atteinte à un droit appartenant à autrui.*

Envisagée sous son aspect le plus général, la révélation du secret professionnel est un fait illicite, car elle implique la violation d'un devoir d'état. Ce devoir existe en dehors et au-dessus des incriminations de la loi pénale. Le droit criminel réprime par des peines correctionnelles les révélations de secrets qui trahissent, de la part du médecin, une perver-

[1] Zacharia, Aubry et Rau, III, § 443, p. 539.

[2] Même ouvrage, III, § 446, p. 547.

Digitized by Google

sité plus profonde et troublent plus gravement l'ordre social. Il atteint les violations les plus éclatantes et les plus dangereuses; mais il ne trace pas le cercle entier des obligations médicales. Contemporain des origines de la médecine, affirmé par le fameux serment d'Hippocrate, le devoir du secret professionnel est inscrit dans les statuts de nos anciennes universités, sanctionné par les parlements et professé par nos jurisconsultes [1]. Il fait partie de la conscience publique et tous se sentent intéressés à sa conservation. Le médecin ne peut impunément mettre ce devoir en oubli. S'il s'en écarte par une légèreté coupable, il commet un acte illicite dont la loi civile, à défaut de la loi pénale, peut lui demander compte.

Au point de vue pratique, nous considérerons donc comme ayant commis une révélation prohibée et comme étant tenu de l'action en dommages-intérêts, l'homme de l'art qui, par entraînement ou irréflexion, aura révélé le secret du crime ou du délit confié à sa discrétion. Il encourra l'application de l'article 1383 du Code Napoléon ainsi conçu : « Chacun est « responsable du dommage qu'il a causé non-seulement par « son fait, mais encore par sa négligence ou son impru- « dence. »

Le fait, quoique dommageable pour autrui, n'est pas illicite s'il constitue de la part de son auteur l'exercice d'un droit ou l'accomplissement d'une obligation légale, suivant la règle du droit romain « *Nullus videtur dolo facere qui suo jure utitur* [2]. » Dans ce cas, il ne donne pas ouverture à l'action en dommages-intérêts. Il en résulte que la révélation du crime ou du délit connus dans l'exercice de la profession médicale n'obligera pas le médecin à des réparations pécuniaires dans les cas suivants, que nous citons à titre d'exemple,

1° Si la révélation est faite à l'autorité judiciaire, dans les conditions prescrites par l'article 30 du Code d'instruction criminelle;

2° Si la révélation résulte d'un témoignage provoqué et reçu par l'autorité judiciaire;

3° Si la révélation s'adresse aux supérieurs ou surveillants

[1] Domat, *Droit public*, liv. II, tit. 17, sect. 2, n° 13; Domat donne le texte du serment d'Hippocrate. Voy. les arrêts cités par Trébuchet, *op. cit.*, p. 274.

[2] 55, Dig., *De regulis juris*, Zachariæ, *loc. cit.*

Digitized by Google

légaux de l'auteur du crime ou du délit qui ont fait appel, eux-mêmes, à la science du médecin.

Nous avons vu ci-dessus que la révélation dans ces divers cas échappe à la répression pénale comme étant faite en vue de l'accomplissement d'un devoir civique ou moral. — Mais il est évident que la révélation laissera exposé à l'action en réparation le médecin qui, par ignorance, légèreté, ou à la suite d'observations mal conçues et mal dirigées, aura dénoncé comme crime ou délit une action qui, en réalité, serait indifférente [1]. M. Trébuchet [2] emprunte au *Journal de médecine* de 1830 un exemple de faute de ce genre qui confirme notre solution. Deux médecins appelés à donner des soins à un enfant, puis à sa mère, croient reconnaître des symptômes d'empoisonnement. La mère leur remet une substance vénéneuse qu'elle dit avoir été déposée dans sa tisane par son mari. Deux jours après cette dame rétracte par écrit, auprès des médecins, toute cette confidence et déclare s'en être laissé imposer par les apparences. « Les médecins « se décident à faire une révélation qui sert de base à l'in- « struction, à la suite de laquelle le mari est renvoyé devant « la Cour d'assises de la Seine. Au débat public, les deux mé- « decins sont venus établir devant la justice les motifs des « soupçons d'empoisonnement, conçus à l'examen des acci- « dents éprouvés... L'énumération peu méthodique des « symptômes par lesquels ils ont motivé leurs soupçons, « n'a pu laisser aucun doute pour les médecins que si l'en- « fant et sa mère n'avaient réellement présenté que les phé- « nomènes que l'on rapportait, il était impossible que la « conviction des hommes de l'art ait pu se former sur de « tels signes évidemment sans valeur.... Aussi l'accusation, « qui ne reposait que sur la révélation des médecins, a-t- « elle échoué. » En droit l'erreur des deux hommes de l'art aurait pu fonder une demande en dommages-intérêts de la part de l'accusé acquitté.

4° L'action en réparation ne sera pas admise contre le médecin qui n'aura révélé le secret dont il était dépositaire

[1] Art. 66, 358 Inst. crim.; voy. Mangin. *Instruction et compétence*, n° 74, p. 122.

[2] Trébuchet, *op. cit.*, p. 279.

Digitized by Google

qu'après en avoir reçu l'autorisation de celui qui le lui a confié. La partie lésée ne peut, en effet, imputer qu'à elle-même les conséquences préjudiciables de l'acte qu'elle a autorisé ou provoqué. Il faut donc dire, avec la loi romaine : « *Quod quis ex culpâ suâ damnum sentit, non intelligitur damnum sentire*[1]. »

Mais cette autorisation ne couvrirait pas le médecin contre la poursuite des tiers qui seraient atteints dans leur honneur ou leur considération, par la révélation sollicitée[2].

5° La révélation résultant d'une demande d'honoraires en justice ne peut, à elle seule, justifier une demande reconventionnelle en dommages-intérêts de la part du débiteur. Le médecin créancier use de son droit en s'adressant aux tribunaux. Toutefois, si la demande était accompagnée de détails scandaleux et inutiles qui n'emporteraient pas la preuve de l'intention de nuire, la faute ainsi commise exposerait le demandeur à des réparations pécuniaires. L'article 23 de la loi du 17 mai 1819 contient une disposition formelle à cet égard.

B. Il ne suffit pas que le fait soit illicite. *Il faut encore qu'il soit imputable à son auteur*, c'est-à-dire qu'il puisse être considéré comme le résultat d'une libre détermination de sa part[3].— La révélation du crime ou du délit faite par un médecin atteint d'aliénation mentale n'engendre donc, contre lui, aucune responsabilité. Il en sera tout autrement de la révélation faite sous l'empire de l'ivresse.

Les règles spéciales à l'action en dommages-intérêts ne rentrent pas dans notre sujet. Elles dérivent du droit commun. Il ne sera peut-être pas inutile cependant de faire observer que la rédaction primitive de l'article 378 du Code pénal ajoutait au texte actuel « *sans préjudice des dommages-intérêts qui seront au moins double de l'amende.* » Cette fixation *a priori* méconnaissait ce principe essentiel de notre droit civil que les réparations pécuniaires sont en raison du préjudice éprouvé. Elle n'a pas été maintenue dans la seconde

[1] 203, Dig., *De reg. juris*; Zachariæ, III, § 446, p. 547.

[2] Argument de l'article 1 Code instr. crim.; Zachariæ. III, § 445, in fine. p. 546.

[3] Zachariæ, III, §§ 444, 446, p. 541, 547.

Digitized by Google

rédaction adoptée par le Conseil d'État et par le Corps législatif[1].

Résumons cette première partie de notre travail par cette proposition que nous avons tenté de justifier. En dehors des hypothèses régies par les articles 378 du Code pénal, 1382 et 1383 du Code civil, la révélation du secret médical est *illicite*, en ce sens qu'aucun texte du droit positif ne permet de l'atteindre. Mais la révélation non réprimée ne s'élève pas, par la même, à la hauteur d'un acte recommandable. Le droit de punir peut abdiquer. La délicatesse professionnelle conserve toujours son empire. H. HÉMAR.

(*La suite à une autre livraison.*)

DU DÉLIT DE PUBLICATION DE FAUSSES NOUVELLES.

Par M. Bousén, substitut à Lodève.

Extrait d'un mémoire mentionné par l'Académie de Législation de Toulouse (concours de l'année 1866).

Nous sommes bien loin de l'époque où un grand législateur avait fait jurer au peuple de conserver ses lois intactes pendant un siècle, et nous pourrions répéter en nous l'appliquant, l'énergique expression de Tacite : *Ut olim flagitiis, sic nos legibus laboramus.* C'est que le droit, comme l'a dit un jurisconsulte, est l'expression d'une sociabilité donnée. Ce principe est vrai, surtout en ce qui concerne les lois, dont le but est de réglementer la manifestation de la pensée humaine. Il est certain, par exemple, qu'à une époque où existent pour la pensée, des moyens de communication et de transmission dont les siècles passés ne pouvaient même pas soupçonner la rapidité, la législation doit se ressentir de ce nouvel état de choses, C'est ainsi que le délit de publication de fausses nouvelles, a pris place dans nos codes.

Quoique de création récente, ce délit a déjà été prévu et puni par trois lois successives. Pendant la dernière session du

[1] Locré, *Législation de la France*, t. XXX; séances du Conseil d'État des 8 novembre 1806, 26 août 1809, 9 septembre 1809, p. 421, 423, 433.

Digitized by Google

Corps législatif, il a fait l'objet de vives discussions. Le dernier mot a-t-il été dit, enfin, sur cette importante question? Nous ne le pensons pas. Il n'est peut-être pas téméraire de croire que parmi les lois qui sont appelées à subir de nouvelles et nombreuses transformations, se placent au premier rang celles qui ont rapport à la manifestation de la pensée humaine. Aussi, nous a-t-il paru intéressant de rechercher comment le délit de publication de fausses nouvelles a été créé et modifié sous l'influence d'une sociabilité donnée, et quel est actuellement à ce sujet l'état de la législation, de la doctrine et de la jurisprudence.

Le législateur français s'est préoccupé, pour la première fois, du délit de publication de fausses nouvelles, en 1815. L'article 8 de la loi du 9 novembre 1815 déclarait coupables d'actes séditieux toutes personnes qui répandraient ou accréditeraient, soit des alarmes touchant l'inviolabilité des propriétés appelées nationales, soit des bruits d'un prétendu rétablissement des dîmes ou des droits féodaux, soit des nouvelles tendant à alarmer les citoyens, sur le maintien de l'autorité légitime, et à ébranler leur fidélité.

Il est manifeste que cette loi, essentiellement transitoire, devait disparaître avec la situation qui l'avait fait naître. En effet, quoique le délit de fausses nouvelles, tendant à alarmer les citoyens sur le maintien de l'autorité légitime, et à ébranler leur fidélité, soit assez indéfini, pour laisser à la poursuite une extrême latitude, il faut cependant reconnaître que le législateur a eu surtout pour but, d'empêcher la publication de certaines fausses nouvelles déterminées. Il était nécessaire de protéger le Gouvernement contre ceux qui, dans une intention hostile, lui prêtaient des projets réactionnaires. Aussi cette loi, toute de circonstance, n'a-t-elle eu dans son application, qu'une durée éphémère. La question de l'inviolabilité des propriétés dites nationales, et du rétablissement des droits féodaux, a bientôt cessé de préoccuper l'attention publique, et l'article 8 de la loi du 9 novembre 1815 est tombé en désuétude.

On peut donc dire que le délit de publication de fausses nouvelles n'a été prévu et puni que par la loi du 27 juillet 1849 ainsi conçue : Article 1. La publication ou reproduction faite de mauvaise foi, de nouvelles fausses,

Digitized by Google

de pièces fabriquées, falsifiées ou mensongèrement attribuées à des tiers, lorsque ces nouvelles seront de nature à troubler la paix publique, sera punie d'un emprisonnement d'un mois à un an et d'une amende de 50 à 1,000 francs.

Cette loi, comme celle de 1815, est une loi politique, mais bien plus sévère que la loi de la Restauration, elle ne prévoit pas seulement certaines fausses nouvelles d'un caractère particulier. Toutes celles qui peuvent troubler la paix publique constituent un délit, mais quelles sont celles qui peuvent troubler la paix publique? Cette appréciation est laissée au pouvoir judiciaire; la loi de 1849 est une loi de sûreté générale, le délit de publication de fausses nouvelles est créé vague et indéfini. Il a conservé le même caractère sous la législation actuelle.

Le rapporteur de la loi de 1849 motivait ainsi l'article 4 : La publication de pièces fausses ou de fausses nouvelles, réprouvée par les règles de la morale, n'avait pas dû être classée parmi les délits, dans une organisation politique où elle restait sans influence sur les pouvoirs de l'État qui constituaient le gouvernement. Mais dans une société où les droits politiques appartiennent à tous, la publication de pièces fausses peut exercer une influence capable de fausser, dans son principe, la souveraineté populaire qui n'a pas le moyen de la contrôler.» Il n'entre pas dans le plan de ce travail de discuter cette question. Observons seulement que la loi de 1815, dont nous avons parlé, prouve que des gouvernements fondés sur des principes bien différents, ont redouté également la publication de fausses nouvelles, et ont cru nécessaire de la réprimer.

Enfin, l'article 15 du décret du 17 février 1852, est ainsi venu réglementer la matière :

« La publication ou reproduction de fausses nouvelles, de pièces fabriquées, falsifiées ou mensongèrement attribuées à des tiers, sera punie d'une amende de 50 à 1,000 francs. Si la publication ou reproduction est faite de mauvaise foi, ou si elle est de nature à troubler la paix publique, la peine sera d'un mois à un an d'emprisonnement et d'une amende de 500 à 1,000 francs. Le maximum de la peine sera appliqué, si la publication ou reproduction est tout à la fois de nature à troubler la paix publique et faite de mauvaise foi. »

Digitized by Google

Ce texte a tout d'abord soulevé, en doctrine et en jurisprudence, de graves difficultés. Depuis seize ans que les tribunaux sont appelés à en faire l'application, la plupart des points en litige ont été définitivement résolus. Cependant, il reste encore quelques questions vivement controversées, qui à ce titre méritent un examen tout particulier. Nous diviserons ce travail en deux parties ; nous examinerons d'abord les difficultés relatives au mode de publication de la fausse nouvelle, nous rechercherons ensuite ce que c'est qu'une nouvelle fausse.

CHAPITRE Ier.

DU MODE DE PUBLICATION DE LA FAUSSE NOUVELLE.

§ 1er. — L'article 15 du décret du 17 février 1852, s'applique-t-il à tous les modes de publication ou à la presse seulement?

Cette question n'est plus maintenant discutée en jurisprudence ; on admet généralement que l'article 15 du décret du 17 février 1852, ne spécifiant aucun mode de publication, s'applique à tous. L'opinion contraire avait cependant trouvé des partisans. On apportait à l'appui de ce dernier système deux ordres d'arguments, tirés du texte et de l'esprit de la loi. Le décret du 17 février, disait-on, est intitulé décret *sur la presse*. En outre, les mots publication et reproduction doivent s'entendre dans un sens analogue. Or, le mot reproduction ne pouvant s'appliquer qu'à un acte matériel, c'est-à-dire à un acte de la presse, il doit en être ainsi du mot publication. En ce qui concerne l'esprit de la loi, on soutenait que le législateur n'avait pas voulu punir des mêmes peines la fausse nouvelle publiée avec tout le retentissement que peut lui donner la presse, et la fausse nouvelle qui n'avait eu que la publicité très-restreinte de la parole. Le danger pour la société n'étant pas le même, la même peine ne devait pas être appliquée. Enfin, à l'appui de ce système on citait diverses circulaires adressées aux préfets et aux procureurs généraux et dans lesquelles il n'était question que de la répression des fausses nouvelles publiées par la presse. (Voir en ce sens un jugement longuement motivé du tribunal de Nancy en date du 20 mars 1853.)

Digitized by Google

Cette opinion a été abandonnée; elle n'est, en effet, conforme ni au texte ni à l'esprit de la loi. Il est bien vrai que le décret du 17 février 1852 est intitulé décret organique sur la presse, mais n'est-il pas hors de doute que par les mots délits de presse le législateur a toujours entendu parler des délits qui se commettent par la parole et par la presse? Ce fait est tellement indiscutable, qu'à l'exemple du législateur, les commentateurs eux-mêmes ont placé, sous la rubrique du mot presse, toutes les discussions relatives à l'injure et à la diffamation, à tous les délits de la parole. Quant au mot reproduction, il semble inutile d'examiner s'il peut s'appliquer à la parole. On s'étonne même que le contraire ait été soutenu. *Actum generale verbum esse, sive verbis, sive re quid agatur.*

Que si nous examinons maintenant l'intention du législateur, nous serons obligés de reconnaître qu'il a prévu et voulu les conséquences rigoureuses de l'article 15. Il suffit, en effet, de se rappeler les circonstances dans lesquelles a été promulgué le décret du 17 février 1852, pour être assuré que le législateur de cette époque n'a pas voulu seulement défendre la société contre les fausses nouvelles publiées par la presse. S'il avait laissé leur libre cours aux autres moyens de publication on aurait bientôt su les rendre aussi redoutables et aussi complets que la publication par la presse. Enfin, quant aux circulaires invoquées, elles ne prouvent qu'une chose, c'est que leurs auteurs s'occupaient surtout des fausses nouvelles publiées par la presse. Il n'est pas douteux que ces dernières nouvelles n'aient fait l'objet principal de la loi, mais il n'en résulte pas qu'elles en aient été l'objet exclusif.

§ 2. — Est-il nécessaire au moins que la publication ait lieu par l'un des moyens énoncés dans l'article 1er de la loi du 17 mai 1819?

Cette question sur laquelle la jurisprudence avait d'abord hésité, a été définitivement résolue par un arrêt en date du 13 mars 1855, rendu par les chambres réunies de la Cour de cassation, sous la présidence de M. Troplong, et sur les conclusions de M. Nicias Gaillard. La cour a décidé que l'article 15 du décret du 17 février 1852 était applicable lorsque la publication était réellement effectuée par quelque mode que ce soit.

Digitized by Google

L'article 1er de la loi du 17 mai 1819 est ainsi conçu : « Quiconque, soit par des discours, des cris ou menaces proférés dans des lieux ou réunions publiques, soit par des écrits, des imprimés, des dessins, des gravures, des peintures, ou emblèmes, vendus ou distribués, mis en vente ou exposés dans des lieux ou réunions publics; soit par des placards et affiches exposés au regard du public, aura provoqué l'auteur ou les auteurs de toute action qualifiée crime ou délit à la commettre, sera réputé complice et puni comme tel. »

On prétendait que cet article, sans qu'il soit nécessaire de le déclarer par une disposition spéciale, dominait toute la législation sur la presse. Aucun délit de la parole ou de la presse n'existe donc, s'il n'est commis par l'un des moyens énoncés en l'art. 1er de la loi du 17 mai 1819. La Cour de cassation a décidé, au contraire, que lorsque le législateur avait voulu s'en référer à cet article 1er il avait pris soin de le dire, et que par conséquent l'article 15 de la loi du 17 février 1852, ne contenant aucune disposition de ce genre, punissait la fausse nouvelle publiée d'une manière quelconque. Comment croire, en effet, que la loi de 1819, doit forcément réagir, sauf une dérogation expresse, sur toutes les lois postérieures, faites pour réprimer les délits de la parole et de la presse, même sur celles qui ont créé des délits que le législateur de 1819 ne pouvait prévoir. Le système de la Cour de cassation paraît donc parfaitement conforme au texte de la loi, mais il entraîne des conséquences qui ont soulevé de violentes critiques; on pourra donc, même à l'aide de la preuve testimoniale si incertaine et si dangereuse, poursuivre des conversations tenues au sein de la famille ou dans des réunions d'amis. N'est-ce pas détruire la sûreté des relations, le charme des causeries, n'est-ce pas attenter à l'inviolabilité du foyer? Ces récriminations ne nous semblent pas exactes. Comme nous essayerons de l'établir plus tard, il n'y a pas délit de publication de fausses nouvelles, sans publicité effectuée et sans intention de publier la nouvelle. Il n'est donc pas vrai de dire qu'une confidence faite dans l'intimité de la vie privée et qui n'était pas destinée à en franchir le seuil, pourra devenir, par suite d'une délation odieuse, un délit puni de peines sévères.

Digitized by Google

C'est dans le cas seulement où l'intention de publier est constatée, que la loi ne tient aucun compte du caractère intime et privé de la réunion où la fausse nouvelle s'est produite. Ce résultat est assurément rigoureux, mais sans influence sur les conversations confidentielles, exclusives par cela même de toute publication intentionnelle.

A un autre point de vue, le système de la Cour de cassation paraît tout d'abord pouvoir être plus facilement critiqué. L'article 1er de la loi du 17 mai 1819, en énonçant les modes de publication, constitutifs du délit qu'il prévoyait, définissait virtuellement la publication; mais puisqu'il est sans influence sur l'article 15 du décret du 17 février 1852, quand pourra-t-on dire que la fausse nouvelle est publiée? Qu'est-ce que la publication? Devant combien de personnes faudra-t-il parler pour publier une nouvelle, et si on n'en fait part qu'à une personne, qui la répète ensuite, si la nouvelle passe ainsi de bouche en bouche, quand la publication commencera-t-elle, quand sera-t-elle effectuée? Questions insolubles qu'aucune interprétation doctrinale ne saurait résoudre. Ainsi, la Cour de cassation a décidé (arrêt du 13 mars 1855) qu'il n'y avait pas publication dans le fait de dire, devant trois agriculteurs, que le blé était à un certain prix. Faut-il en conclure, que la publication n'a lieu que lorsque la nouvelle est annoncée devant plus de trois personnes. Evidemment non. Cet arrêt de la Cour de cassation est un arrêt d'espèce; la conscience et la raison des magistrats peuvent seules déterminer, selon les circonstances, l'instant où la publication est effectuée.

Il paraît tout d'abord étrange que le législateur ait voulu laisser aux tribunaux une liberté d'appréciation aussi souveraine, et qui n'est pas dans l'esprit général de notre législation. Nous croyons cependant que telle a été l'intention bien manifeste du législateur. Le passé avait prouvé que la publication, qui n'est autre chose qu'un fait, se produisait, comme tous les faits, d'une infinité de manières, qu'aucune énumération n'était assez complète pour prévoir. Il était facile d'éluder les dispositions de l'article 1er de la loi du 17 mai 1819. La fausse nouvelle n'était que plus dangereuse, lorsqu'elle se produisait sourdement, lorsque, par une sorte d'alluvion, *incrementum latens*, elle grandissait peu à peu,

Digitized by Google

sans qu'il fut possible de la démentir avant qu'elle eût pénétré dans toutes les classes de la société. La limitation des modes de publication avait donc rendu inefficace l'article 15 du décret du 17 février 1852. Il est impossible de croire que le législateur ait ménagé ainsi un moyen d'éluder la loi, lorsqu'il a cru nécessaire, comme nous l'établirons plus tard, de considérer la bonne foi, seulement comme une circonstance atténuante. L'absence même de toute intention mauvaise n'a pas paru une excuse suffisante, en présence du grand intérêt d'ordre public qu'il s'agissait de sauvegarder. Dans une loi où se rencontrent des dispositions aussi sévères, il eût été illogique de limiter les modes de publication. M. Nicias Gaillard disait dans ses conclusions qui ont précédé l'arrêt du 13 mars 1815, dont nous avons parlé : « Les législateurs sont souverains, c'est à eux qu'il appartient d'apprécier les temps et les besoins. Quand ils ont reconnu le mal, ils cherchent à y proportionner le remède. Puis, ces lois qu'ils ont faites, ils nous les donnent à appliquer. Ce n'est pas pour que nous les leur rendions inconséquentes et ridicules de faiblesse. Cela ne serait digne ni d'eux ni de nous. »

Il est impossible d'établir d'une manière plus irréfutable l'intention du législateur. Concluons donc que l'article 1er de la loi du 17 mai 1819, ne réagit pas sur l'article 15 du décret du 17 février 1852. L'opinion contraire ne saurait être qu'une critique et non un commentaire de la loi.

CHAPITRE II.

QU'EST-CE QU'UNE NOUVELLE FAUSSE?

§ 1er. — Une nouvelle est-elle fausse dans le sens de la loi, sa publication constitue-t-elle un délit lorsque celui qui la publie la croit vraie?

L'article 15 du décret du 17 février 1852, punissant de peines aggravées celui qui a publié une fausse nouvelle de mauvaise foi, il en résulte nécessairement que, contrairement aux principes généraux suivis dans notre législation pénale, le législateur n'a voulu considérer la bonne foi que comme une circonstance atténuante du délit de publication de fausses nouvelles. Cette interprétation a cepen-

Digitized by Google

dant trouvé des contradicteurs, parmi des jurisconsultes éminents. M. Morin (*Journal de droit criminel*, 1853) s'exprime ainsi : « Ce que la loi veut punir, à défaut de mauvaise foi, c'est une grave inexactitude, sciemment ou volontairement commise... Si elle n'exige plus la mauvaise foi ou l'intention coupable, dans ses rapports avec les conséquences naturelles de la fausseté propagée, au moins doit-elle vouloir que le publicateur ou reproducteur de la nouvelle ou de la pièce inexacte, ait su qu'elle était fausse ou altérée, ait voulu accréditer une chose mensongère. L'infraction n'est donc point une simple contravention matérielle, ne comportant jamais de justification ou excuse, dès qu'il y a fait personnel ou négligence, c'est un délit intentionnel, un fait coupable dont les conditions essentielles font qu'il y ait fausseté connue et volonté de la propager. » M. Morin s'est évidemment laissé impressionner par le système général, qui régit nos lois pénales, et d'après lequel l'intention est un élément constitutif du délit. Il aurait pu soutenir ce principe s'il avait pris part à la confection du décret du 17 février 1852, mais on ne peut changer le sens des mots, et lorsqu'on est chargé, non de faire une loi, mais de l'appliquer, il faut la prendre telle qu'elle est. L'argumentation de M. Morin est tellement contraire au texte, qu'elle ne peut être considérée comme un commentaire de la loi. Nous ne pouvons que répéter ce que disait un savant magistrat, M. Ambroise Vente, en parlant de l'opinion de M. Morin : « Les mots manquent pour la discuter. » Du reste, la jurisprudence n'a guère varié sur cette question. (Voir notamment un arrêt du 24 septembre 1853, Cour de cass., Ch. crim.)

Il ne faudrait pas cependant conclure que la publication d'une fausse nouvelle est une contravention, et que la loi a voulu punir un fait matériel. Le délit n'existe que lorsque celui qui a publié la fausse nouvelle a eu l'intention, la volonté de la publier. Peu importe sa bonne foi, c'est-à-dire son opinion sur le caractère de la nouvelle ; s'il la croyait vraie, il tombe néanmoins sous l'application de la loi ; mais s'il n'a fait que l'émettre, sans le dessein de la rendre publique, aucun délit n'existe. La publication, comme l'a dit M. Nicias Gaillard, ne doit pas être seulement l'effet produit mais l'effet voulu. C'est ce qu'a décidé formellement la Cour

Digitized by Google

de cassation, dans une série d'arrêts, notamment par un arrêt du 13 mars 1855, Ch. réunies.

§ 2. — Pour qu'une nouvelle fausse soit punissable, faut-il qu'elle blesse un intérêt quelconque, public ou privé ?

Il paraît d'abord évident que la loi n'a pas eu l'intention de réprimer toute nouvelle fausse, quelque insignifiante qu'elle puisse être, alors qu'aucune espèce d'intérêt moral ou matériel ne peut être compromis. C'est ce qu'a déclaré le tribunal de Nantes, par un jugement en date du 28 mai 1855 : « Attendu que la portée du texte d'une loi pénale, si générale et si absolue qu'elle soit, doit trouver sa limite dans le bon sens et les principes du droit criminel, que le propre des lois pénales est de punir les actes nuisibles à la société ou à l'un de ses membres, qu'en l'absence de tout dommage appréciable, et même de tout préjudice moral, il ne se conçoit pas qu'il puisse exister un délit, que la publication d'une fausse nouvelle, qui est complétement insignifiante, ou qui, par sa nature, ne peut causer un préjudice quelconque, ne saurait tomber sous l'application de la loi pénale. qu'on peut ici, du moins par analogie, rappeler la maxime : *Nullum falsum nisi nocivum.* »

Nous avons maintenant à examiner une question, qui nous paraît présenter la plus grande importance, et dont nous ferons la partie la plus étendue de cette étude.

L'article 15 du décret du 17 février 1852 a-t-il eu pour but de punir les fausses nouvelles, pouvant blesser l'intérêt général, ou a-t-il voulu en même temps, réprimer même les nouvelles fausses, ne pouvant léser qu'un intérêt privé ?

La jurisprudence est maintenant fixée sur cette question. Nous pourrions citer un grand nombre d'arrêts décidant que l'article 15 s'applique à la publication d'une fausse nouvelle, blessant un intérêt privé. Ainsi, on lit dans un arrêt de la Cour de cassation, Ch. crim., en date du 30 janvier 1858 :

« La publication d'imputations fausses à l'égard d'un tiers, si elle peut constituer, vis-à-vis de celui-ci, le délit de diffamation, n'en est pas moins une publication d'une fausse nouvelle, *et à ce titre peut être poursuivie par le ministère public en l'absence de plainte de la partie lésée.* »

La Cour de Montpellier, dans un arrêt du 4 juin 1861, décide « que la publication ou reproduction d'un article conte-

Digitized by Google

nant à l'égard d'un tiers, des imputations dénuées de fondement, si elle n'a pas, en l'absence d'une intention délictueuse, le caractère de diffamation n'en constitue pas moins le délit de publication d'une nouvelle fausse. La fausseté d'une nouvelle ne suffit pas pour justifier les poursuites exercées contre celui qui l'a publiée ou reproduite; il faut encore qu'elle porte directement ou indirectement un préjudice matériel ou moral, soit à la chose publique, soit même seulement à des intérêts privés.»

Cet arrêt a été confirmé le 8 octobre 1861 par la Cour de cassation.

Un autre arrêt de la Cour de cassation, en date du 11 février 1864, pose encore en principe : « Que la fausse imputation d'un crime à un tiers, dans des propos qui auraient été tenus publiquement, peut outre le délit de diffamation, constituer le délit de publication d'une nouvelle fausse, et le fait peut être poursuivi sous l'une ou sous l'autre qualification. »

Malgré cette jurisprudence constante, malgré l'autorité de la Cour de cassation et des Cours impériales, bien des doutes se sont élevés en doctrine au sujet de cette question. Il ne nous paraît pas impossible de démontrer : 1° que si l'article 15 du décret du 17 février 1852, punissait même la publication d'une nouvelle fausse, ne blessant qu'un intérêt privé, il serait essentiellement contraire aux principes généraux qui régissent notre législation pénale; 2° que cette jurisprudence n'est pas conforme à l'intention clairement manifestée par le législateur de 1852 ; 3° enfin, que si cette jurisprudence était à la fois conforme au texte et à l'esprit de la loi, elle devrait être maintenant réformée, parce que l'article 11 de la nouvelle loi sur la presse entraînerait virtuellement l'abrogation d'une partie des dispositions de l'article 15 (décret du 17 février 1852).

1° Nous ne sommes plus à l'époque où la maxime : *salus populi suprema lex esto*, paraissait le dernier mot de la science du droit et le fondement de toute législation pénale. Il n'est plus nécessaire d'entreprendre maintenant la réfutation de ces doctrines empiriques, si étrangement nommées système utilitaire, comme s'il pouvait y avoir autre chose qu'une utilité apparente et relative, à méconnaître les règles de la justice. L'utile, dans le sens véritable du mot, ne saurait être

Digitized by Google

indépendant du juste. Il serait donc oiseux aujourd'hui de défendre cette formule de Rossi, qui suffirait seule à illustrer ce grand nom. Le droit de punir a pour base la loi morale, limitée par l'utilité sociale. Toute peine doit par conséquent être le rapport de la douleur à la faute, mais pourvu que ce rapport subsiste, pourvu qu'il ne soit ni oublié, ni dépassé, le législateur peut et doit, avec une sévérité proportionnée, graduer les peines, selon l'état de la civilisation, selon les garanties assurées à la sécurité publique. L'intimidation et l'exemplarité sont donc encore des caractères de la peine, mais non plus des caractères essentiels et fondamentaux. Les temps sont passés où tour à tour la vengeance privée, la vengeance publique et l'utilité sociale paraissaient le fondement du droit de punir. La loi morale est devenue la loi suprême.

Cela posé, il faut admettre que l'intention, c'est-à-dire la fin que l'on se propose en agissant, est le caractère essentiel de tout fait délictueux. La loi pèse moins le délit que le coupable. La bonne foi est par conséquent une exception péremptoire, que le législateur ne doit pas méconnaître. Ces principes généraux applicables à toutes les parties de législation, sont également vrais en ce qui concerne la presse. A une époque où la loi était encore, jusqu'à un certain point matérialisée, mais où le sens pratique de quelques hommes éminents devançait la théorie, M. Portalis disait au conseil des anciens : « Dans les délits qui se commettent par la voie de la presse, comme dans tous les autres délits, il faut, pour caractériser le crime, que la volonté de nuire soit jointe au fait matériel de l'action. Ainsi point d'injures sans esprit d'injure. On peut se tromper au préjudice du public comme au sien propre. Donc, point de délit lorsqu'on n'aperçoit que la simple erreur, sans l'intention de manquer aux lois ou de porter un dommage à la société. »

Cependant bien des années plus tard, alors que l'abandon du système utilitaire a été si souvent proclamé, on a promulgué l'article 15 du décret du 17 février 1852 qui considère la bonne foi seulement comme une circonstance atténuante dans le délit qu'il prévoit et punit. Serions nous donc revenus au système utilitaire? Non, si l'article ne réprime que les fausses nouvelles intéressant la paix publique ou

Digitized by Google

les intérêts généraux de la société. Ainsi entendu, il nous semble, que cet article est à la fois nécessaire et juste et par conséquent tout à fait conforme au principe d'après lequel le droit de punir a pour fondement la loi morale, pour limite l'utilité sociale. Observons en effet, que la loi de 1849, qui faisait de la mauvaise foi, un caractère constitutif du délit de publication de fausses nouvelles n'a obtenu qu'un résultat, celui de faire jeter des défis continuels à son impuissance. Il ne pouvait guère en être autrement. Comment établir, que le prévenu avait connaissance de la fausseté de la nouvelle qu'il publiait, surtout de celle qu'il reproduisait? Il était bien facile de faire d'abord publier une nouvelle à l'étranger et de la reproduire ensuite. La prétendue source où on l'avait puisée, servait à repousser l'inculpation de mauvaise foi. On peut donc dire, que pour être logique, il faut de deux choses l'une : Ou ne pas faire un délit de la publication de fausses nouvelles, si les circonstances et les temps le permettent, ou punir même la bonne foi. La loi de 1849 était irritante sans être utile. En 1852, le législateur a pensé que les difficultés du moment, rendaient nécessaire la répression des fausses nouvelles, et c'est alors, comme l'a dit M. Nicias Gaillard « qu'il a créé cette loi de pleine puissance, mesure de salut public destinée avec d'autres du même temps et de la même origine, à pourvoir à des dangers immenses et qui veut dominer tout, parce qu'elle entreprend de sauver tout. » Les limites de l'utilité sociale ne sont donc pas dépassées, et on peut ajouter aussi que la peine édictée par l'article 15, n'a pas méconnu le principe que nous avons déjà cité, et qu'elle est restée le rapport de la douleur à la faute. En effet celui qui publie une fausse nouvelle, intéressant la paix publique ou les intérêts généraux de la société, commet une imprudence grave, une légèreté blâmable qui peuvent à bon droit être considérées comme l'élément intentionnel du délit. On comprend qu'à certaines époques surtout le législateur ait le droit de dire à tout citoyen : Lorsque vous apprendrez une de ces nouvelles, qui peuvent troubler la paix publique, ou réagir d'une manière fâcheuse, sur les intérêts de tous, vous ne devrez la publier, qu'après vous être assuré de son exactitude. Sinon, vous êtes coupable par imprudence, par négligence, votre bonne foi atténue,

Digitized by Google

sans la détruire, votre culpabilité. N'est-il pas vrai qu'indépendamment de la mauvaise foi, celui qui sans preuve suffisante, annoncerait une guerre, une famine, une épidémie, commettrait une faute morale? On ne doit aborder certaines questions, qu'avec une circonspection extrême, et il n'est pas digne d'un honnête homme, de jeter inconsidérément dans le public, certains bruits qui peuvent entraîner des conséquences incalculables. Du reste, cette disposition de l'article 15 n'est pas unique dans nos Codes; et on rencontre des lois analogues, même, en ce qui concerne un ordre de faits purement matériels. Ainsi, l'homicide par imprudence, les blessures par imprudence constituent des délits.

Concluons donc, que l'article 15 est utile et juste, lorsqu'on l'applique aux fausses nouvelles qui peuvent troubler l'ordre public, mais faudra-t-il lui reconnaître les mêmes caractères, s'il a aussi pour but de réprimer même les nouvelles fausses, qui ne peuvent léser qu'un intérêt privé?

Rappelons d'abord, que la jurisprudence déclare la fausse nouvelle punissable, lorsqu'elle blesse un intérêt d'une nature quelconque matériel ou moral. Cette opinion est aussi celle de M. Vente (*Du délit de publication de fausses nouvelles et de pièces fausses*). La loi, dit ce savant magistrat, ne distingue pas et ne devait pas distinguer. Lorsque la pensée se manifeste par des actes ou par la parole, si ces actes ou paroles portent préjudice à autrui ou à l'ordre public, ils peuvent faire l'objet d'une punition légale. Ce serait encore risquer de léser l'ordre public que de laisser sans protection, tant et de si graves intérêts privés qu'une fausse nouvelle peut compromettre d'une manière irréparable. Nous examinerons plus tard, si les intérêts privés avaient besoin de l'article 15 pour être protégés, voyons pour le moment les conséquences du système de M. Vente. On m'annonce une nouvelle dont la publication peut, en fait, causer un préjudice quelconque à un particulier.

Cependant elle ne contient rien qui puisse porter atteinte à son honneur ou à sa considération, rien d'injurieux ni de diffamatoire. Je crois cette nouvelle vraie, il m'est impossible d'ailleurs de supposer qu'elle peut blesser un intérêt soit moral soit matériel. Je la reproduis, je la rends publique. Dans ces circonstances, je pourrai être poursuivi, non-seulement par la partie lésée, mais par le ministère public, et devant

Digitized by Google

quelle juridiction? Devant le tribunal de police correctionnelle. Je serai passible d'une amende de 1000 francs. Est-ce le rapport de la douleur à la faute? Qu'on ne puisse parler légèrement de la guerre ou de la paix, on le comprend, mais faudra-t-il la même circonspection, s'il s'agit d'annoncer qu'un tel se marie ou a vendu son champ, ou toute autre nouvelle que non-seulement on croit vraie, mais qui semble tout-à-fait insignifiante?

Où est l'imprudence grave qui mérite une citation en police correctionnelle, où est la légèreté coupable qui doit mettre en mouvement l'action publique elle-même? N'est-ce pas ériger en texte de loi, ce principe d'après lequel, on doit retourner sept fois sa langue dans sa bouche, avant de prononcer une parole? Il est bien certain qu'en pratique, les magistrats du ministère public sont trop prudents, pour poursuivre des nouvelles banales débitées au sujet d'un particulier; mais il n'en est pas moins vrai, qu'il serait regrettable, de voir dans nos codes une loi, qui sans tenir compte de la bonne foi, de l'absence de toute intention de nuire, permettrait de punir de 1000 francs d'amende un commérage sans importance. Nous pourrions citer ici, ce qu'un publiciste disait au sujet d'un article de la loi sur la presse : On serait continuellement exposé à commettre un délit, comme M. Jourdain faisait de la prose, sans le savoir.

Du reste, si l'article 15, tel que l'interprète la jurisprudence, paraît dépasser les bornes de la justice, il nous semble, qu'on ne peut même pas donner en sa faveur, la triste excuse de l'utilité. Cet article en effet n'était pas nécessaire, et les intérêts privés pouvaient se passer de sa protection. Si la fausse nouvelle porte atteinte à l'honneur et à la considération d'une personne, l'action en diffamation lui est ouverte. Si on lui impute un vice déterminé, elle a l'action d'injure. N'y a-t-il pas encore le droit de réponse dans les journaux, la poursuite en dénonciation calomnieuse, et par dessus tout, le grand principe inscrit dans l'article 1382 du Code Napoléon, et d'après lequel tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer. Est-ce que cet article ne prévoit pas toutes les hypothèses imaginables, ne donne-t-il pas satisfaction à tous les droits? Il n'était donc pas nécessaire, d'assu-

Digitized by Google

rer d'autres garanties à l'intérêt privé. On pourrait nous opposer l'article 2 de la nouvelle loi sur la presse, ainsi conçu : « Toute publication dans un écrit périodique, relative à un fait de la vie privée, constitue une contravention punie d'une amende de 500 francs. » N'est-ce pas la preuve évidente que les intérêts privés n'étaient pas suffisamment sauvegardés par les lois précédentes ? Nous n'avons pas maintenant l'intention de commenter cet article, dont nous parlerons du reste plus loin. Observons seulement, qu'il ne régit exclusivement que la presse et même qu'une certaine presse. Il a eu pour but de mettre un frein « aux excès de cette littérature facile, nuisible et inutile qui s'empare de certains incidents de la vie privée, les travestit, les dénature, pour les livrer en pâture aux appétits d'une curiosité malsaine, tantôt au profit de la vanité de ceux qui en sont les héros, le plus souvent au détriment de l'honneur et de la tranquillité des familles. » (Discours de M. Morin de la Drôme, *Moniteur* du 7 mars 1863.)

L'article 15 du décret du 17 février 1852, s'applique non-seulement à la presse, mais à toutes les fausses nouvelles publiées d'une manière quelconque, aux conversations de tous les jours. La différence est sensible, et une disposition qui a paru nécessaire pour la presse, aurait assurément excité un étonnement général, si on avait voulu l'étendre à toutes les nouvelles qui se répandent dans les relations ordinaires de la vie et jusque dans l'intimité du foyer.

2° Nous avons maintenant à examiner, si la jurisprudence de la Cour de Cassation, est conforme au texte et à l'esprit de la loi.

Est-il vrai de dire, que le texte même de l'article 15 interdit toutes distinction? On a prétendu que le trouble apporté à la paix publique, n'étant considéré, que comme une circonstance aggravante du délit, il fallait en conclure *à contrario* que la peine diminuée devait être appliquée dans tous les cas où un intérêt quelconque aurait été lésé. ***Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus.*** Sans nier la valeur de cette argumentation, on peut répondre qu'il résulte bien du texte de la loi, que le trouble apporté à la paix publique est une circonstance aggravante et non constitutive du délit, mais qu'il n'en résulte pas que le froissement d'un intérêt quel-

Digitized by Google

conque, puisse motiver l'application de la loi. Le texte ne s'oppose pas, à ce que l'on applique la peine diminuée, seulement dans le cas où des intérêts généraux seraient lésés. On peut en effet porter une grave atteinte aux intérêts généraux, sans risquer pour cela de troubler la paix publique, et si nous prouvons que l'intention du législateur a été de faire cette distinction, nous devrons reconnaître qu'elle existe, quoiqu'elle ne soit pas formellement exprimée. Il nous semble qu'en agissant ainsi, nous ne faisons que suivre les règles les moins contestées en matière d'interprétation juridique. Examinons donc l'esprit du décret.

A différentes époques, comme nous l'avons déjà vu, le législateur a cru nécessaire dans un intérêt politique, de réprimer la publication de fausses nouvelles. Ainsi la loi du 9 novembre 1815, prévoyait certaines fausses nouvelles, à l'aide desquelles on essayait alors de rendre le gouvernement impopulaire. Plus tard fut promulguée la loi du 27 juillet 1849, qui sans déterminer aucune nouvelle d'un genre particulier s'appliquait à toutes celles qui étaient de nature à troubler la paix publique ; la mauvaise foi était une condition essentielle du délit. Il serait superflu de dire que cette loi, comme celle de 1815, était purement politique, mais son inefficacité fut bientôt constatée. Comme nous avons essayé de le démontrer, il était presque impossible d'établir la mauvaise foi du prévenu.

En outre, une foule de nouvelles fausses, d'un caractère essentiellement dangereux, et dont les effets pouvaient être des plus pernicieux, ne constituait pas des délits, parce qu'on pouvait soutenir qu'elles ne troublaient pas la paix publique. C'est évidemment, pour remédier à cet état de choses que le législateur de 1852, a édicté l'article 15, dans lequel, il n'a considéré la mauvaise foi et le trouble apporté à la paix publique que comme des circonstances aggravantes du délit. C'est en ce sens qu'il a voulu réformer la loi de 1849. L'article 15 du décret du 17 février 1852 n'est pas autre chose que l'article 4 de la loi du 27 juillet 1849, rendu plus sévère, et mis en rapport avec les nécessités du temps. La loi sur la publication de fausses nouvelles, n'a donc pas cessé d'être une loi politique, et n'a jamais eu pour but de garantir des intérêts privés.

Digitized by Google

Sur cette matière, nous trouverons des documents précieux dans la récente discussion qui a eu lieu au Corps législatif, au sujet du délit de publication de fausses nouvelles. Les dispositions de l'article 15 ont été vivement critiquées : à la séance du 18 février 1868 (voir le *Moniteur* du 19 février 1868). M. Picard demandait l'abrogation *de ce texte de loi incohérent*, et ajoutait qu'on avait rapproché Paris de Byzance, en condamnant une assemblée politique française à des discussions de cette nature. Il s'élevait surtout contre cette disposition par laquelle l'éditeur de fausses nouvelles est puni, en dehors de toute idée de mauvaise foi. M. de Beauverger, au nom de la commission, répondait après avoir cité le texte de l'article 15 : « La Chambre remarquera facilement, qu'il s'agit d'un fait *qui est toujours d'une nature grave*. Il est certain que la mauvaise foi n'est pas une condition essentielle de la punition; la nouvelle peut n'être pas reproduite de mauvaise foi, et cependant il peut y avoir lieu à poursuivre. Mais dans ce cas veuillez bien remarquer qu'il y aura toujours *imprudence grave*, puisqu'il s'agit d'une nouvelle *de nature à troubler la paix publique et à produire un mauvais résultat*... Il y a donc légitimement matière à une condamnation. qui sera graduée suivant la gravité des faits. Le maximum n'arrivera que quand la nature dangereuse de la nouvelle, et la mauvaise foi, concourront et seront parfaitement démontrées. *Dans les autres cas, alors même, qu'il n'y aura qu'imprudence dans la reproduction d'une nouvelle de nature à porter atteinte aux intérêts de la société, il y a encore une raison suffisante pour qu'on oppose de certaines bornes aux falsifications de la vérité*. En présence de ces considérations, la commission n'a pas hésité a demander le maintien de l'article 15. »

Est-il possible d'être plus clair? N'est-il pas incontestable que si la commission a voulu maintenir l'article 15, c'est qu'elle a pensé qu'il fallait réprimer la publication de toutes les nouvelles fausses, qui pouvaient porter atteinte aux intérêts généraux de la société. Du reste le Gouvernement, par l'organe de M. le conseiller d'État Jolibois, qui a parlé à la même séance, a donné les mêmes raisons que la commission pour prouver la justice et la nécessité de l'article 15. On s'est

Digitized by Google

bien gardé de le présenter comme une protection, pour les intérêts privés.

Si passant maintenant à un autre ordre d'idées, nous examinons l'ensemble des lois, qui régissent en France la manifestation de la pensée, nous verrons que l'article 15 appliqué aux fausses nouvelles n'intéressant que l'intérêt privé, serait une étrange anomalie.

L'article 1er de la loi du 26 mai 1819 est ainsi conçu : « La poursuite des crimes et délits commis par la voie de la presse, ou par tout autre moyen de publication, aura lieu d'office et à la requête du ministère public sous les modifications suivantes : Article 5. Dans les cas des mêmes délits contre ..... ou contre tout particulier, la poursuite n'aura lieu que sur la plainte de la partie qui se prétendra lésée. « Ainsi, constatons d'abord un premier principe. L'initiative de la poursuite, appartient à la partie, qui se prétend lésée, lorsqu'il s'agit de crimes et délits commis par la voie de la presse ou par tout autre moyen de publication. Un homme d'État célèbre a, dans une lettre récente adressée à plusieurs journaux, soutenu que ce principe, d'importation anglaise, est à la fois contraire à nos mœurs et à nos lois. Il faut laisser, d'après lui, la poursuite de tous les faits délictueux à l'initiative du ministère public, parce que l'intérêt social doit être placé au-dessus des convenances particulières de la partie lésée. Nous sortirions de notre sujet, si nous voulions examiner cette doctrine au point de vue de la législation. Bornons-nous à dire qu'en fait, la liberté du ministère public n'existe pas dans bien des cas. Par exemple, il ne peut pas d'office poursuivre le délit d'adultère. La loi a voulu qu'il en soit ainsi pour tous ces délits qui touchent aux sentiments les plus intimes et les plus douloureux de l'homme. Elle a pensé qu'il ne fallait pas défendre un homme malgré lui, et lorsqu'il voulait laisser dans l'ombre une attaque passée presque inaperçue, la livrer à une publicité retentissante. N'est-il pas souvent vrai que le mépris des injures en accélère l'oubli, tandis qu'un triomphe judiciaire, avec la publicité qu'il entraîne, pourrait être un irréparable malheur? La nouvelle loi sur la presse a de nouveau sanctionné ce principe général de notre législation. L'article 11, qui punit toute publication dans un écrit périodique relative à un fait de la vie privée, déclare

Digitized by Google

que la poursuite ne pourra être exercée que sur la plainte de la partie intéressée.

L'article 20 de la loi du 26 mai 1819 consacre un autre principe général, en ce qui concerne la poursuite des crimes et délits commis par la voie de la presse ou par tout autre moyen de publication. Il est ainsi conçu : « Nul ne sera admis à prouver la vérité des faits diffamatoires, si ce n'est dans le cas d'imputation, contre des dépositaires ou agents de l'autorité, etc... » Ainsi, en ce qui concerne la vie privée, les intérêts particuliers, la preuve de la réalité des faits injurieux ou diffamatoires est inadmissible. Ce principe, malgré les vives attaques dont il a été l'objet, a encore été sanctionné, cette année, par un vote du Corps législatif. S'il est vrai de dire qu'une condamnation prononcée contre le diffamateur, qui ne peut prouver la vérité de ses allégations, est plutôt pour le diffamé une vengeance qu'une réhabitation, il n'en est pas moins vrai qu'il serait d'autre part bien étrange qu'un honnête homme puisse être à tout moment obligé de discuter en justice les accusations qu'il plairait au premier venu de porter contre lui. Ainsi, d'après nos mœurs comme d'après nos lois, la poursuite des délits de la parole et de la presse, lorsqu'il s'agit d'intérêts privés, appartient à la partie lésée, et le prévenu n'a pas le droit de prouver la vérité des faits qu'il a imputés au plaignant. Cela posé, que penser de l'interprétation donnée par la jurisprudence et par quelques auteurs à l'article 15 du décret du 17 février 1852? Une fausse nouvelle concernant un particulier et pouvant froisser son intérêt est publiée. Il a peut-être l'intention bien arrêtée de ne pas soulever autour de son nom tout le bruit d'un débat judiciaire. Cependant le ministère public pourra d'office poursuivre le publicateur de la fausse nouvelle. Si la fausse nouvelle contient des faits diffamatoires ou injurieux, la jurisprudence décide bien que dans aucun cas, la preuve n'en sera autorisée; mais si les faits ne sont ni injurieux ni diffamatoires, la preuve de la fausseté de la nouvelle pourra et devra même être ordonnée. La preuve contraire sera réservée au prévenu. Ainsi, non-seulement un homme pourra être défendu malgré lui, mais il verra la nouvelle qui le concerne devenir l'objet d'un débat contradictoire, livrée peut-être à tous les hasards de la preuve testimoniale. Nous le répétons;

Digitized by Google

grâce à la prudence des magistrats, de pareils résultats ne sont guère à redouter, mais la jurisprudence qui les rendrait possibles n'en paraît pas moins contraire à l'esprit de la loi.

Nous n'avons parlé que des grands principes qui régissent, en ce qui concerne les intérêts privés, les délits de la parole et de la presse; si maintenant nous entrons dans les détails de la matière, nous verrons encore à quelles conséquences inadmissibles cette jurisprudence aboutit.

Longtemps avant le décret du 17 février 1852, le législateur avait prévu et puni les délits de la parole et de la presse qui pouvaient léser des intérêts privés. Prenons pour exemple un délit que les tribunaux ont souvent occasion de réprimer, la diffamation. D'après l'article 13 de la loi du 17 mai 1819, toute allégation ou imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne ou du corps auquel le fait est imputé, est une diffamation. La loi a pensé que lorsque l'honneur d'un homme était attaqué, il était nécessaire de lui assurer une protection plus efficace que celle qui lui était offerte par l'article 1382 du Code Napoléon. Une réparation pécuniaire n'étant pas toujours suffisante, l'action correctionnelle a été autorisée dans certains cas, notamment pour la diffamation, mais voyons à quelles conditions. Il ne suffit pas, pour commettre une diffamation, d'imputer à une personne un fait qui porte atteinte à son honneur ou à sa considération; il faut encore que cette imputation ait été rendue publique par l'un des moyens indiqués dans l'article 1er de la loi du 17 mai 1819. Il est aussi de jurisprudence constante que le délit de diffamation existe seulement lorsque le diffamateur a eu l'intention de nuire. Enfin, on reconnaît des exceptions spéciales à l'action en diffamation, telles que la renonciation expresse ou tacite du plaignant ou la provocation. Nous n'avons évidemment pas à commenter ces principes, qu'il nous suffit d'indiquer. Maintenant nous pouvons aisément, nous rendre compte du résultat qu'entraîne l'interprétation donnée par la jurisprudence à l'article 15 du décret du 17 février 1852. Lorsque j'attaque une personne dans son honneur ou dans sa considération, je ne suis punissable que si mes attaques se sont produites, « soit par des discours, des cris ou menaces proférés dans des lieux ou réunions pu-

Digitized by Google

blics, soit par des écrits, des imprimés, des dessins, des gravures, des peintures ou emblèmes vendus ou distribués, mis en vente ou exposés dans des lieux ou réunions publics, soit par des placards ou affiches exposés au regard du public.» Si je ne me suis pas servi d'un de ces moyens, je serai absous; je le serai encore si je n'ai pas eu l'intention de nuire, ou si je peux opposer certaines exceptions. Il s'agit pourtant d'un fait grave, l'honneur d'un homme est en jeu. Cependant la loi a limité la défense de la personne attaquée. Si les imputations dirigées contre elle ne sont pas préméditées avec méchanceté, si elles n'ont pas reçu d'ailleurs une publicité éclatante, pas de diffamation, pas de délit. Si, au contraire, je publie une nouvelle qui, sans porter atteinte à l'honneur ou à la considération d'une personne, peut cependant, d'une manière quelconque, léser ses intérêts, la fausseté seule de la nouvelle me rend si coupable que quelle que soit la manière dont je l'ai publiée, j'ai commis un délit. La personne offensée elle-même n'aura pas le droit de me pardonner ma faute, et d'empêcher toute action contre moi. Enfin ni ma bonne foi ni l'absence de toute intention mauvaise ne m'empêcheront d'être condamné. Lorsqu'on publie une nouvelle, ce n'est pas la sincérité, c'est l'infaillibilité qui est requise; mais si on attaque l'honneur et la considération d'un homme, la bonne foi et l'absence de toute intention mauvaise sont des excuses péremptoires. Est-il possible de croire que telle a été l'intention du législateur.

3° Pour terminer cette matière, essayons maintenant de démontrer que la nouvelle loi sur la presse contient une disposition qui rend impossible l'application de l'article 15 du décret du 17 février 1852, aux fausses nouvelles qui ne peuvent léser qu'un intérêt privé.

On lit dans l'article 11 de cette nouvelle loi : « Toute publication dans un écrit périodique, relative à un fait de la vie privée, constitue une contravention punie d'une amende de 500 francs. La poursuite ne pourra être exercée que sur la plainte de la partie intéressée.»

Il importe d'abord de déterminer le sens de cet article. Si on examine les discussions auxquelles il a donné lieu, on doit reconnaître que la contravention existe, sans qu'il soit nécessaire de prouver ni le préjudice causé, ni la mauvaise foi du

Digitized by Google

journaliste, ni même la fausseté du fait relatif à la vie privée.

On lit dans le discours de M. Jolibois, commissaire du gouvernement (voir le *Moniteur* du 7 mars 1868) : « Quand un citoyen aura été nommé ou désigné, quand un acte de sa vie privée aura été divulgué par la presse périodique, c'est à lui qu'appartiendra le soin de décider si le journal doit être poursuivi. Il n'aura besoin de rechercher ni de prouver la nature des motifs et des intentions qui ont animé le journaliste, et il lui suffira de démontrer *la matérialité* de la désignation et de la divulgation. A cette simple condition, la condamnation sera inévitable, puisque cette infraction à la loi constitue seulement une contravention. »

Il est incontestable que la divulgation d'un acte de la vie privée n'est autre chose que la divulgation d'une nouvelle concernant un intérêt privé. Or si l'article 11 punit même les nouvelles vraïes, publiées sans intention de nuire il réprime aussi et *a fortiori* les nouvelles fausses publiées avec ou sans mauvaise foi. Nous pouvons donc déduire de l'article 11 la disposition suivante : Toute publication dans un écrit périodique, d'une fausse nouvelle concernant un intérêt privé, faite de bonne ou de mauvaise foi, constitue une contravention punie de 500 francs d'amende. La poursuite ne pourra être exercée que sur la plainte de la partie intéressée. » Cette disposition est évidemment une de celles que contient l'article 11.

Nous le demandons maintenant, lorsque la fausse nouvelle, concernant un intérêt privé, a été publiée dans un écrit périodique, le ministère public a-t-il le droit de poursuivre d'office? Évidemment non, par conséquent l'article 15 du décret du 17 février 1852 n'est pas applicable. Le journaliste, si sa bonne foi est établie, pourra-t-il n'être condamné qu'au minimum de la peine édictée par l'article 15 du décret du 17 février 1852? non encore, puisque l'article 11 de la nouvelle loi lui inflige une amende fixe de 500 francs. Il paraît donc certain que si l'article 15 du décret du 17 février 1852, avait le sens que lui a prêté la jurisprudence, il serait virtuellement abrogé, au moins en partie par la nouvelle loi sur la presse. On peut dire que l'article 11 ne s'applique qu'aux publications faites dans un écrit périodique. L'article 15 prévoit, au contraire, la publication faite d'une manière quelconque,

Digitized by Google

même par des écrits non périodiques, même par la parole. Faut-il en conclure que les fausses nouvelles publiées autrement que dans un écrit périodique restent soumises à la loi de 1852? Cette interprétation conduirait à des résultats inadmissibles. Par exemple, si une fausse nouvelle concernant un interêt privé est publiée dans un écrit non périodique, ou par la parole, c'est-à-dire si elle a reçu une publicité fort restreinte, le ministère public pourrait poursuivre d'office. Au contraire, si cette même nouvelle est publiée dans un de ces journaux qui passent pour avoir un million de lecteurs, le ministère public devrait attendre pour agir la plainte de la partie intéressée. D'autre part, le journaliste qui publierait la nouvelle ne pourrait pas être condamné à plus de 500 francs d'amende, même si sa mauvaise foi était établie; mais l'imprudent qui publierait cette même nouvelle, en la racontant à quelques personnes, pourrait être puni de 1,000 francs d'amende s'il était de bonne foi et dans le cas contraire, d'une année d'emprisonnement. Si on admettait un pareil résultat, on donnerait assurément raison, à M. Glais-Bizoin, lorsqu'il prétendait qu'il fallait renvoyer l'article 11 au Taïcoun du Japon. (*Moniteur* du 7 mars 1868.)

En résumé, nous croyons donc pouvoir conclure que l'article 15 du décret du 17 février 1852 ne s'applique et ne peut s'appliquer, qu'aux fausses nouvelles, qui intéressent la paix publique ou les intérêts généraux de la société.

BOUBÉE.

LA LOI HYPOTHÉCAIRE EN ESPAGNE,

Par M. Luis Silvela, professeur à la Faculté de droit à Madrid.

I.

C'est un fait connu de tous les étrangers qui s'occupent de l'étude du droit, que nous n'avons pas en Espagne, par malheur ou par bonheur, de code civil. D'anciennes lois édictées à des époques différentes, depuis la domination des Gotths jusqu'aux temps modernes, réglementent avec leurs dispositions obscures, contradictoires, émanées de principes divers et trop nombreux pour pouvoir être dûment connus, la pro-

Digitized by Google

priété, la famille, et les successions. Dans les lois qui régissent les deux dernières institutions, les maux produits par cette obscurité et cette confusion sont grands sans doute, mais ils le sont moins que dans celles qui ont rapport à la propriété. La forme de celle-ci a beaucoup varié dans les temps modernes : de nouvelles institutions destinées à satisfaire de nouveaux besoins ont surgi : l'inamovibilité des biens-fonds a disparu devant la mobilité que leur communique le crédit hypothécaire : à la coutume d'autres temps qui faisait se perpétuer la propriété dans les familles a succédé le besoin de sa translation à d'autres propriétaires, par suite des changements que les fortunes particulières subissent; les lois de désamortisation qui mirent aux mains d'un plus grand nombre d'individus de grandes portions de propriété que possédaient les corporations civiles et ecclésiastiques, et celles de l'extinction des majorats qui répartirent entre tous les individus d'une famille les biens que ce privilége réservait pour un seul, ont brisé la digue qui empêchait le morcellement de la propriété. Toutes ces causes, les unes qui lui sont communes avec les autres pays d'Europe; les autres particulières à l'Espagne, rendaient impossible l'application des anciennes lois qui avaient régi jusqu'alors la propriété immobilière. Quelques réformes avaient été introduites dans ce qui a rapport au droit hypothécaire, mais ces modifications étaient évidemment insuffisantes et leur insuffisance se faisait sentir bien davantage depuis que la nation en 1854 était entrée dans une ère de progrès qui, dans les années 1858 et 1859, lui fit atteindre une période de prospérité et de bien-être jusqu'alors inconnus. Cet état de choses amena, ou plutôt força le gouvernement à réformer la législation ancienne, et à proposer aux Cortès, qui l'approuvèrent, une loi civile des plus importantes, entre toutes celles que nous devons à l'époque constitutionnelle, ce fut *la loi hypothécaire*.

Pour des raisons dont la simple exposition nous mènerait très-loin, il n'était pas possible de penser alors, ni même aujourd'hui, à la confection d'un code civil uniforme. Peut-être aurait-on rencontré moins d'obstacles à la promulgation d'une législation complète en matière de propriété, qui eût pu former plus tard un des titres du Code civil que

Digitized by Google

l'Espagne écrira un jour, quoiqu'elle ait pris, pour y arriver, le chemin le plus facile, mais aussi moins scientifique, de procéder par des lois spéciales dans chaque matière. Quoi qu'il en soit, et à tort ou avec raison, la Commission des Codes fut chargée de former une loi qui réglementât le droit hypothécaire, mais par les matières qu'elle embrasse, cette loi peut et doit être considérée comme la législation espagnole sur la propriété ou sur les droits réels et tous leurs démembrements.

Le projet de loi et même le règlement pour son exécution fut présenté aux Cortès, qui l'approuvèrent après une courte discussion, et sanctionné par la couronne le 8 février 1861. Il fut décrété qu'il commencerait à avoir force de loi dans le courant de l'année qui suivrait celle de sa promulgation et le jour que le gouvernement désignerait.

Il existe donc en Espagne une législation moderne et scientifique, à la hauteur des derniers progrès de la science du droit, beaucoup plus parfaite que celle de beaucoup de peuples qui marchent à la tête de la civilisation, entre lesquels il faut placer la France en première ligne; de son examen peuvent, à notre jugement, sortir de profitables enseignements, et ce ne sera certes pas le moindre de rendre évident que la législation et le système hypothécaire de l'Allemagne peuvent être transportés et implantés dans des pays dont il est dit trop légèrement que la législation civile, d'origine romaine dans sa majeure partie, le repousse, puisque le système de la moderne législation hypothécaire espagnole est éminemment germanique.

Il est vrai, et nous devons l'avouer avec franchise, qu'une fois la loi hypothécaire promulguée, on s'est trouvé, au moment de la mettre en exécution, en face de difficultés qui n'avaient pas été prévues et qu'on a touché des écueils qu'on n'avait pas su éviter. Peut-être le passage trop brusque d'un système vicieux et imparfait, ou pour mieux dire d'une série de dispositions qui n'obéissaient à aucun système, fût-il faux et erroné, à un autre plus parfait et plus clair qui ne pouvait laisser subsister les abus et l'incurie auxquels une si importante matière était livrée, fut un des plus puissants obstacles contre lesquels la loi hypothécaire vint se heurter. D'un côté le manque de titres de propriété dans beaucoup de domaines,

Digitized by Google

quoique pour les établir ou les compléter les meilleures dispositions fussent prises, de l'autre le défaut de données complètes et intelligibles sur la désignation, la contenance, les limites des domaines dont les titres de propriété existaient, ce qui occasionnait à leurs propriétaires des frais considérables, empêchaient l'exécution immédiate de la nouvelle loi dans toute son étendue. Unie à cela l'apathie proverbiale en Espagne, où toute résistance un peu constante finit par triompher, si elle sait se mettre au-dessus du premier effort qui tend à la détruire, parvint à ajourner la loi hypothécaire et à obtenir plus tard des réformes provisoires destinées à rendre plus facile le passage, non du système ancien au nouveau, mais de l'état actuel des choses à celui qui est appelé à s'établir définitivement. Car c'est un fait qui n'admet point de doute et qu'il faut reconnaître, la loi hypothécaire ne rencontre pas d'obstacles, ni même de nombreux adversaires, pour les principes radicaux qu'elle renferme, mais seulement pour les détails de son exécution pratique et de son application dans un pays où les titres des domaines étaient défectueux à l'extrême et les abus anciens et enracinés. Cette seule indication fait du reste assez comprendre que les mêmes difficultés se seraient présentées quelque système qu'on adoptât. Dans un pays où la plupart des domaines étaient transférés sans aucune indication, d'étendue de limites, de séparation d'avec les limitrophes et seulement sous leur dénomination vulgaire, il n'y a pas à s'étonner que toute réglementation, indispensablement obligatoire, ait rencontré des difficultés insurmontables et introduit des altérations sans nombre. Si l'on veut conclure de là que la propriété en Espagne n'était pas préparée pour recevoir la loi hypothécaire dans sa perfection et qu'il était nécessaire de ménager aux vieux abus quelque temps pour se réformer, nous sommes complétement de cet avis. Qu'on critique donc la précipitation apportée à appliquer une législation qui ne devait pas être le commencement, mais bien le couronnement de la réforme, la faute en est plus au ministre qui s'obstina à la mettre en vigueur, qu'aux auteurs de la loi, qui, selon l'opinion générale, ne purent obtenir l'ajournement de cette mesure : qu'on censure, comme elles le méritent, les dispositions transitoires de l'ancien système au nouveau, mais qu'on ne prétende pas

Digitized by Google

que le système est jugé défavorablement ni au point de vue de la théorie, ni à celui de la pratique.

De toute façon la loi est en vigueur dans la majeure partie de ses dispositions, et, sinon tous, ses principes les plus essentiels sont appliqués, et n'en fût-il même pas ainsi, notre étude se limitant à comparer cette réunion de dispositions avec celles que contiennent les lois françaises, si la preuve pratique manquait nous aurions la démonstration théorique, même avec application immédiate, qu'on ne peut rencontrer des difficultés d'exécution par suite du manque de titres suffisants, dans une nation qui, plus heureuse que l'Espagne, a pu employer 300 millions de francs à la formation ou à la rectification du cens cadastral de la propriété immobilière.

La lecture du remarquable article de M. Tremoulet, inséré il y a peu de temps dans la *Revue de jurisprudence et de législation,* sous le titre : « *De la nécessité de rattacher à l'inscription cadastrale la preuve de la propriété immobilière;* » et la profonde conviction que les dispositions de la loi hypothécaire de l'Espagne pourraient être appliquées en France, m'ont poussé à écrire ce petit travail, dont l'objet n'est autre que de présenter succinctement la solution donnée par la loi espagnole aux diverses questions qu'embrasse l'article de M. Tremoulet. Si, malgré l'indifférence injuste avec laquelle a été accueillie la proposition des illustres sénateurs, MM. Bonjean et Tourangin, il ne peut moins que d'être question en France de modifier la législation de la propriété immobilière; il n'est peut-être pas inutile de rappeler, en telle matière, la législation d'un pays si peu connu à l'étranger dans ses lois, dans ses coutumes et dans sa manière d'être. Mon rôle, presque de simple rapporteur, m'a amené à entreprendre cette tâche. Dans la plupart des cas, ce n'est donc pas l'humble auteur de cet article qui parle; j'exprimerai la pensée des membres de la Commission des Codes et de la loi hypothécaire de l'Espagne.

II.

Tous les peuples qui ont accepté la législation romaine comme base de la leur ont dû forcément admettre la distinction entre les meubles et les immeubles. Ainsi le fit le Code Napoléon, ainsi l'a fait la législation espagnole.— Mais celle-

Digitized by Google

ci, conséquente avec son origine, n'établit pas le principe consigné dans le Code français, à propos des biens meubles, que pour ceux-ci : *Possession vaut titre.*

Il n'était donc pas possible que la loi hypothécaire en Espagne, appliquât aux biens immeubles les règles qui régissaient les biens meubles. D'autre part, la distinction était fondamentale; la commission chargée de formuler la loi hypothécaire n'avait pas le droit de la détruire, et l'eût-elle eu, elle ne l'aurait probablement pas fait. La question étant de réformer la législation hypothécaire, seulement quant aux biens immeubles, à ceux-ci seuls pouvaient toucher les dispositions de la loi.

Pour ces motifs, il n'était donc pas possible, en introduisant la réforme en Espagne, d'accepter comme base la première proposée par M. Tremoulet dans son remarquable article, d'appliquer aux biens immeubles la même règle qu'aux biens meubles, en se fondant sur la disposition de l'article 2279 du Code Napoléon : *Possession vaut titre.* Il était possible, néanmoins, d'admettre sinon toutes, du moins plusieurs des conséquences de ce principe, de donner à la possession l'importance qu'elle a en soi, et une plus grande encore, à ce qui la remplace avec avantage, à l'inscription; en octroyant des lettres de naturalisation dans notre pays au système allemand.

Les principes qui distinguent le système allemand ou germanique de celui que nous pourrions appeler romain, accepté en partie en France et en partie rejeté, et qui malgré tous ses dangers et ses inconvénients a régi en Espagne jusqu'en 1861, sont au nombre de deux. Le premier est que tous les droits qui affectent l'immeuble doivent être portés à la connaissance de tous au moyen d'un acte public, soit au moyen d'*une inscription prise sur l'immeuble lui-même;* le second, que toute charge qui pèse sur les biens-fonds, doit spécifier, déterminer les biens sur lesquels elle porte, la responsabilité qu'elle embrasse, le droit des tiers qu'elle garantit. C'est une conséquence du premier principe que les hypothèques occultes, c'est-à-dire les hypothèques qui prenaient naissance en vertu d'un fait ou d'une disposition de la loi et qui n'exigeaient aucun acte, aucune inscription de la part de la personne en faveur de qui elles étaient levées, doivent être sup-

Digitized by Google

primées : c'est une conséquence du second qu'il ne peut exister d'hypothèques générales sur tous les biens présents et futurs en garantie d'aucune responsabilité.

Mais, nous dira-t-on, la nouvelle législation espagnole a-t-elle accepté ces deux principes du système allemand? La législation moderne de l'Espagne est sur ce point complétement radicale ; et toutes ses dispositions ne tendent absolument à autre chose qu'à développer et pousser jusqu'à leurs dernières conséquences les deux principes établis.

III.

Tout contrat, tout acte qui donne naissance à un droit réel, qui l'éteint, qui le modifie en quoi que ce soit, doit indispensablement être inscrit, et enregistré : en un mot, il est indispensable qu'il soit rendu public, de notoriété générale, par une inscription prise sur l'immeuble lui-même.

Une vente, une donation, un testament, un héritage déféré par la loi à un parent, transportent la propriété d'une personne à une autre. — Le bureau des hypothèques, avec ses inscriptions, reproduit ces faits et les reflète en changeant le nom du propriétaire du domaine. Est-ce la mort, est-ce un contrat, est-ce une dernière volonté qui éteint la propriété qui existait au nom d'une personne, le bureau des hypothèques efface du nombre des propriétaires, le nom de celui qui, en vertu de ces faits a cessé de l'être.

Mais la propriété ne se borne pas à naître et s'éteindre. — Le droit de propriété se démembre, se distribue et se répartit entre diverses personnes, par les contrats, les testaments et les dispositions des lois : chaque fois que cela arrive, le bureau des hypothèques assigne à chaque particulier la part qui lui revient du droit de propriété du domaine par le moyen d'une inscription prise sur l'immeuble lui-même. — Arrive-t-il que le droit de propriété se trouve divisé en usufruit et nue propriété? L'inscription se fera en plaçant en tête de la propriété, et comme possesseurs de tous les droits possibles sur elle, les noms de l'usufruitier et du nu-propriétaire. — Une servitude limite-t-elle les droits d'un propriétaire en faveur d'un autre domaine? Une hypothèque ou une charge quelconque pèsent-elles sur le domaine en limitant le

Digitized by Google

droit du propriétaire? Le bureau des hypothèques consigne la servitude ou la charge, son étendue, son origine, la personne ou la chose en faveur de laquelle elle a été imposée, par une inscription prise sur l'immeuble lui-même, c'est-à-dire que d'après le système de la loi espagnole le bureau des hypothèques reproduit d'une manière non-seulement fidèle mais complète, l'état de chacún des domaines inscrits; et que ses inscriptions constituent la preuve complète du droit de propriété et de ses démembrements.

Aux yeux de la loi, celui-là seul est propriétaire d'un immeuble, dont le nom figure en regard d'une inscription où se trouve la description de l'immeuble, et seulement pour les droits désignés dans cette inscription ; il est propriétaire de tout ce qui y apparaît comme sien, et de rien que ce qui apparaît comme sien au registre, avec toutes les limitations et les charges qui y sont consignées. Et les conséquences du principe sont poussées à un tel extrême qu'il est ordonné que tout acte translatif[1] des droits de propriété, soit qu'il la modifie, soit qu'il l'éteigne, non-seulement soit inscrit au registre, mais encore qu'il ne soit admis en justice, aucun document qui, devant être inscrit, il ne soit prouvé qu'il l'a été pour justifier du droit de propriété[2]; non-seulement encore que le titre n'aura d'effet contre un tiers qu'à dater du jour de son inscription[3], mais encore que par le seul fait qu'une personne apparaisse comme propriétaire sur le registre, il lui est donné une importance extraordinaire. Celui qui a acquis un immeuble ou un droit réel quelconque d'une personne qui sur le registre apparaissait avec un droit suffisant pour le transmettre et a pris soin d'inscrire son titre, ne peut être inquiété, lors même qu'il résulterait que la personne qui opéra le transfert apparaissait comme propriétaire, en vertu d'un acte nul, illégal, vicieux ou même criminel[4]; *seulement en vertu d'un titre inscrit*, dit la loi, *pourra être annulé au préjudice d'un tiers un autre titre aussi inscrit*[5] *mais postérieurement.*

[1] Article 23, loi hypothécaire.
[2] Article 396, loi hypothécaire, 539, règlement pour son exécution.
[3] Article 25, loi hypothécaire.
[4], [5] Article 34, loi hypothécaire.

Digitized by Google

Pour que la pensée du législateur et la disposition qu'il dicte soient parfaitement comprises, prenons un exemple : *A* est propriétaire d'une ferme, il la possède depuis longues années, mais il n'a pas pris soin de l'enregistrer à son nom, et elle continue à figurer au registre sous le nom de *B*, son propriétaire antérieur. Celui-ci trompe ou suborne un notaire et la vend de nouveau à *C*, qui ignore la vente antérieure et qui n'éprouve pas de difficulté à faire faire l'inscription à son nom : — En allant prendre possession il la trouve occupée par *A*, qui allègue et prouve l'avoir achetée, quoique non fait inscrire. — Eh bien, s'il y a procès en Espagne avec la nouvelle législation le succès n'en sera pas douteux : *C* sera déclaré propriétaire de la ferme et *A* dépossédé, tout en lui réservant tous droits tant au civil qu'au criminel, pour obtenir de *B* l'indemnité reconnue juste [1].

Il y a plus encore, la prescription, c'est-à-dire la possession, pendant un certain temps, et sous des conditions déterminées légalement, est en France un moyen, comme en Espagne, d'acquérir la propriété. Selon la nouvelle loi le fait de la simple possession ne vaut ni ne signifie rien qu'autant qu'il est accompagné de l'inscription. Pour que la prescription produise son effet, il est indispensable que le domaine apparaisse inscrit au nom de la personne en faveur de laquelle elle est invoquée, comme propriétaire, ou au moins comme simple possesseur [2].

Par ce rapide exposé des dispositions de la législation espagnole on voit que, de même que le droit de propriété, en ce qui touche les biens meubles, se manifeste d'abord par la possession, et se perfectionne ensuite par l'inscription, relativement aux immeubles on suit des principes tout à fait identiques, et que le fait brutal de la simple possession se perfectionne par leur inscription au bureau des hypothèques. Celui-là seul qui a pris inscription étant considéré comme propriétaire, à part quelque cas extraordinaire dont la cause ressortit du registre même, on peut bien dire que par de telles lois on considère comme preuve de la propriété immobi-

[1] Article 35, loi hypothécaire.

[2] Il n'en serait pas autrement en France d'après la loi sur la transcription du 23 mars 1855. (*Note de la direction.*)

Digitized by Google

lière le fait de l'inscription au bureau des hypothèques. Nous ne disons pas au cadastre, parce qu'en Espagne comme en France il existe, outre le bureau des hypothèques, le cadastre, mais celui-ci n'a d'action qu'au point de vue du fisc, et il n'en est jamais question dans aucune loi civile ou de procédure.

Nous croyons donc réalisée pratiquement en Espagne la pensée contenue dans la proposition du 6 avril 1866 présentée par les illustres sénateurs MM. Bonjean et Tourangin et qui est l'objet de l'enquête agricole dont parle M. Tremoulet dans le brillant article qui a motivé le nôtre, si inférieur sous tous les rapports.

L'inscription comme preuve de la propriété immobilière, telle est la loi applicable aux biens-fonds, dit M. Tremoulet. Et nous, nous disons, telle est la législation espagnole. Mais, ajoute-t-il, l'inscription au moyen d'un numéro d'ordre : voilà la formule : Et nous devons dire encore... Voilà la formule employée dans la législation espagnole. En effet, comme la même pensée féconde peut naître à la fois dans deux intelligences privilégiées, l'idée de distinguer chaque domaine par un numéro a été précisément celle du système espagnol. La première fois qu'un immeuble quelconque est produit, pour le dire ainsi, à la vue du conservateur des hypothèques, celui-ci le scelle en quelque sorte par un numéro sur son registre : ce numéro, il le conservera tant qu'il restera souvenir du domaine et du registre; il servira de guide pour le rechercher dans les divers volumes où le domaine sera mentionné; sous ce numéro enfin sera tracée son histoire fidèle et complète : dans la prospérité, quand il s'améliorera par les soins d'un propriétaire intelligent et actif; dans la mauvaise fortune lorsque tombé aux mains d'un maître négligent ou malheureux, on le verra réduit, sous le poids des charges et des hypothèques, à une insignifiante valeur. Quand, en Espagne, les titres des domaines seront complétés, les anciens abus réformés et que la loi hypothécaire sera observée à la rigueur, on pourra donc, en toute sécurité, pratiquer un emprunt de Paris à Londres, sur la garantie d'un domaine situé dans les fertiles campagnes de l'Andalousie, dans les immenses plaines de l'Estremadure, ou dans les riantes vallées de Valence et d'Alicante, par simple télégramme,

Digitized by Google

comme cela s'est fait, dit-on, entre l'Europe et l'Amérique. Et ceci pourra se faire, parce qu'il n'y aura pas à se demander qui possède matériellement pour savoir quel est le propriétaire; parce qu'il suffira de savoir qui apparaît comme tel sur les registres, et en vertu de quel titre, ce qui est bien facile.

IV.

On est forcé de convenir cependant qu'on n'aurait pu espérer d'aussi favorables résultats si la législation espagnole s'était bornée à développer le premier des principes du système allemand, c'est-à-dire que les droits sur l'immeuble doivent être portés à la connaissance de tous par une inscription prise sur l'immeuble lui-même : il était nécessaire que le système trouvât son complément indispensable dans le développement du second principe, que toute charge qui pèse sur la propriété doit spécifier, déterminer les biens qu'elle affecte, la responsabilité qu'elle embrasse, le droit d'un tiers qu'elle garantit. Cette seconde base du système germanique a été développée, dans la loi espagnole, avec la même rigueur que la première.

En France, comme le dit avec beaucoup de raison M. Tremoulet, l'État a dit : « L'intérêt doit donner la mesure du droit. » En conséquence il a accordé des priviléges aux personnes dont il a cru que les intérêts devaient être protégés par la loi. Le vendeur qui n'a pas reçu tout le prix du domaine vendu, la femme pour sa dot, le mineur pour les biens confiés au tuteur, le fisc, ont été l'objet des soins paternels du législateur et de ses dispositions aussi variées que contradictoires. Le vendeur qui n'a pas reçu tout le prix de sa vente peut se dispenser de remplir aucune formalité et laisser dormir son droit durant vingt-neuf ans, bien certain que le jour où il se présentera, il occupera la première place. La femme n'est pas tenue de prendre inscription; le mariage dissous, les héritiers de la femme ont un an pour inscrire hypothèque légale, si elle laisse un fils mineur, comme dit M. Tremoulet, à qui la loi ne reconnaisse pas la capacité de prendre inscription; s'il veut conserver les droits de sa mère, il doit en prendre inscription dans l'année.

L'hypothèque sur les biens du tuteur, s'étend à tous les

Digitized by Google

domaines qu'il possède, et cette responsabilité indéterminée qui pèse sur eux, les poursuit dans quelque main qu'ils se trouvent. Tant que cette législation existera, nous ne craignons pas d'affirmer avec M. Tremoulet que le crédit hypothécaire est impossible : parce que personne ne peut être absolument certain par le simple examen des registres qu'aucune charge hypothécaire ne puisse venir se placer avant la sienne : et il est indispensable que cette certitude, que cette confiance soit absolue. En Espagne, rien de ceci n'arrive, et la sécurité de celui qui prête sur la garantie d'un domaine est absolue.

Notre législation moderne a dû forcément accepter, comme la législation française, le principe qui est la base des priviléges, que l'intérêt est la mesure, non du droit, mais d'un droit : ceci était nécessaire et juste. Mais de quel droit? En déterminer les justes limites et le réduire à ses légitimes conséquences, tel a été le mérite des législateurs espagnols.

Il est incontestable que par le seul fait de la vente, du mariage, de la tutelle, de la mort d'un des conjoints, il naît des droits nouveaux dans la sphère de la propriété; cette doctrine acceptée partout a été sanctionnée par tous les Codes. Mais le droit, dans ce cas, se présente comme le *vinculum juris* des Romains, comme un rapport entre deux personnes, le vendeur et l'acheteur, la femme et le mari, le tuteur et le pupille, le père et le fils : le rapport juridique ne s'étend pas à d'autres individus, ni le lien à d'autres personnes. Il est partant injuste que la loi dispose que les conséquences forcées de ces actes ou de ces faits retombent plus ou moins directement sur des personnes qui n'y ont pris aucune part, qui peut-être n'en ont pas connaissance, qui certainement n'ont pas l'obligation ni même souvent les moyens de les connaître. C'est pourtant ce qui arrive en maintenant les priviléges qui accordent des droits de priorité, et ce qu'il y a de plus odieux c'est que quelqu'un puisse réclamer un droit réel sur un immeuble tout en étant dispensé d'en prendre inscription.

En France par exemple, il se fait un emprunt de 50,000 fr. sur un domaine qui, au su de tout le monde, en vaut 100,000 : la restitution du capital paraît assurée. Mais le propriétaire du domaine se trouve devoir rendre 100,000 pour la dot de sa femme, celle-ci prend inscription de son droit, et

Digitized by Google

voilà que la garantie s'évanouit aux yeux mêmes du prêteur qui souffre les conséquences d'un fait, — le mariage, — auquel il n'a pris aucune part, qu'il ignorait et qu'il n'avait pas l'obligation de connaître; et partout où nous trouvons un privilége, quel qu'il soit, nous arriverons au même résultat. Or il est facile, après les indications précédentes, de déterminer le moyen de supprimer les causes d'aussi lamentables effets. Il faut que les conséquences du fait soient limitées aux personnes que le fait oblige, et seulement à celles-là. Ainsi en Espagne, quand la femme remet ses biens dotaux à son mari; et la femme en Espagne ne peut pas se marier, séparée de biens, — elle peut exiger que son époux lui en garantisse la restitution pour le moment où le mariage se trouvera dissous, par une hypothèque sur ses biens immeubles : le mineur, que son tuteur assure sa bonne gestion dans la même forme; le père ou la mère veufs, la restitution du pécule de leur enfant, l'État, que ses receveurs et ses administrateurs comptables en garantissent la fidèle remise en hypothéquant des biens suffisants; le vendeur, non totalement payé, que l'immeuble ou un autre réponde de la partie encore due. Mais pour que la femme, le mineur, l'État, le vendeur aient le droit réel de poursuivre les biens immeubles dans quelques mains qu'ils se trouvent, ils sont obligés, tous sans exception aucune, de prendre inscription de leur droit au registre, en regard de l'immeuble grevé.

Vouloir exposer minutieusement les moyens employés par la législation espagnole pour garantir suffisamment d'aussi respectables droits, nous amènerait à donner à notre humble travail, une étendue trop considérable. Il suffit donc d'indiquer que, la personne sur laquelle pèse quelqu'une des responsabilités signalées, se trouve dans l'obligation absolue et imprescriptible de désigner des immeubles de sa propriété, suffisants pour en garantir l'accomplissement. Si la personne en faveur de laquelle l'hypothèque doit être prise est majeure, c'est elle-même qui a le droit de l'exiger et par suite de l'inscrire; si elle est mineure c'est son tuteur, dans le cas où l'hypothèque serait à prendre contre celui-ci, c'est le Procureur du roi. Pour l'État, ce sont les employés supérieurs. Mais ce ne sont pas les moyens, c'est le résultat qui intéresse le crédit hypothécaire; or on ne peut présenter le résultat du

Digitized by Google

système suivi en Espagne, avec plus de clarté et de précision qu'en copiant quelques articles de la loi hypothécaire, qui renferment les principes capitaux sur la matière qui nous occupe. — Aucun titre (sans exception) qui ne soit pas inscrit au registre, ne pourra préjudicier les droits aux tiers.

Les titres inscrits auront leur effet même contre les créanciers spécialement privilégiés par la loi. Les titres inscrits n'auront d'effet contre un tiers qu'à partir de la date de leur inscription. Pour déterminer la préférence entre inscriptions de même date, relatives au même domaine, il sera tenu compte de l'heure de la présentation au registre des titres respectifs [1].

Personne donc, ni corporation ni individu n'est dispensé de faire inscrire un droit qui grève l'immeuble, et tout intérêt légitime que la loi reconnaisse et appuie est représenté et garanti par l'inscription prise au bureau des hypothèques, qui le rend notoire par un acte public à la réquisition des intéressés. Si l'acte public n'a pas été requis, la loi rendra responsable celui qui aura négligé de prendre ce soin et lui demandera un compte sévère d'avoir manqué de requérir et de faire faire les inscriptions auxquelles l'obligerait l'emploi ou la mission qu'il aura accepté, sans que cette omission, même frauduleuse, puisse préjudicier aux droits acquis à un tiers qui, sur l'immeuble, a pris inscription d'un titre qui le grève. Si la personne qui aurait omis de faire faire l'inscription est majeure et responsable de ses actes, la loi répondra à ses plaintes que sa mission est de protéger les droits de tous, et d'appuyer le faible qui ne se suffit pas à lui-même, et non de se constituer en tuteur de chaque citoyen; que l'intérêt n'est pas la mesure du droit dans la législation moderne et qu'on ne peut pas dire aujourd'hui comme les Romains : *interest reipublicæ dotes salvas esse.* Que celui qui, pouvant prendre inscription, ne l'a pas fait en temps opportun, s'accuse lui-même de sa négligence, et qu'il ne vienne pas préjudicier à la bonne foi d'un tiers.

Ce serait déjà beaucoup que d'exiger l'inscription pour tous les cas; mais ce ne serait pas encore suffisant s'il pouvait y avoir préférence en faveur d'une inscription posté-

[1] Articles 23, 24, 25, 26, loi hypothécaire.

Digitized by Google

rieure sur une antérieure, si en un mot, avec les droits inscrits, il continuait à y avoir des priviléges; mais la législation hypothécaire les a abolis en proclamant à leur place, comme principe unique, que la préférence s'établit seulement par la date de l'inscription et pour des inscriptions prises le même jour par l'heure de la présentation des titres. Il n'y a, par conséquent pas de créancier qui ait le droit, à la faveur du privilége, de prendre rang de priorité sur une inscription déjà faite ; et seule l'horloge placée dans le bureau du conservateur des hypothèques, marque, par son mouvement régulier, la préférence entre tous ceux qui viennent inscrire leurs droits sur l'immeuble. De même que l'horloge ne va pas en arrière et ne s'arrête pas, de même le droit réel du créancier hypothécaire ne rétrograde pas pour laisser à un autre la priorité que le temps lui donne et ne s'arrête pas non plus pour donner lieu à ce qu'un autre profite de ce temps d'arrêt. Partout le créancier hypothécaire sait dans quel lieu, en quel temps, il pourra exiger la restitution du capital avancé sur la garantie de l'immeuble grevé; mais il sait, en outre, quelle est la valeur de la garantie que l'hypothèque lui donne, parce que les inscriptions antérieures à la sienne déterminent d'une manière précise pour quelle part l'immeuble se trouve grevé, et à combien monte la dette de chaque domaine.

En France, il existe encore l'hypothèque générale sur tous les biens présents et futurs; telle est notamment celle qui grève les biens du tuteur. L'étendue de la dette n'étant pas déterminée, l'importance de l'obligation n'étant pas fixée. il est impossible de vérifier l'état de la propriété ou du domaine qu'elles grèvent. Celui-ci peut être considérable ou insignifiant, mais quelle qu'en soit l'importance, ce vague suffit pour faire naître l'inquiétude dans l'esprit de celui qui a fait un prêt avec hypothèque sur un immeuble assujetti à une telle charge et pour détourner celui qui aurait intention de le faire.

En Espagne, toute responsabilité qui pèse sur les biens-fonds doit être strictement déterminée, son importance fixée, et les biens qu'elle grève spécifiés, sans qu'il soit permis d'établir conventionnellement de charge illimitée sur les biens présents ni de charge, même limitée, sur des biens à venir;

Digitized by Google

sans que la loi, même dans le cas de tutelle, admette ces responsabilités qui, pour être plus étendues, ne sont pas plus efficaces. Le tuteur prend à sa charge un capital déterminé de la restitution et de la bonne gestion duquel il répond : il n'est donc ni convenable ni juste que ses biens propres soient grevés d'une charge plus considérable, pas plus qu'il ne le serait de restreindre sa responsabilité en quoi que ce soit.

V.

Les bases de la législation hypothécaire de l'Espagne connues, il est facile de comprendre dans quelles favorables conditions se présentera la propriété par le développement du crédit hypothécaire, une fois que les difficultés de détail vaincues, rien ne s'opposant plus à leur complet établissement, elles seront en pleine vigueur.

La sûreté est la première condition que réclame le crédit hypothécaire, pour se constituer et grandir : la législation espagnole lui fournit la sûreté la plus complète.

La sûreté est nécessaire quant à la légitimité du titre de celui qui se présente comme propriétaire de l'immeuble qui doit servir de garantie : la loi ouvre devant le prêteur les registres, et si le nom de l'emprunteur se trouve en tête de la description du domaine, elle lui dit : Pour toi, du moins pour ce qui te regarde, celui-ci est le propriétaire légitime de l'immeuble, quoiqu'il ne jouisse pas de la possession matérielle.

La sûreté est nécessaire quant à la valeur du domaine ; le conservateur des hypothèques fera à celui qui le demandera une description de celui-ci, en indiquant l'endroit où il est situé, ses limites, sa contenance, la qualité du terrain, les droits dont il jouit, le prix auquel s'est fait la dernière vente et l'importance des hypothèques prises sur lui en d'autres temps.

La sûreté est nécessaire quant à la connaissance certaine des dettes dont le domaine est grevé, pour établir pour ainsi dire, sa situation économique, sa balance, son actif et son passif; le registre d'inscription des hypothèques fournira sa situation complète, avec une exactitude mathématique, en spécifiant si le propriétaire jouit du plein droit de propriété, si le domaine a été démembré, et dans quelles portions ; s'il

Digitized by Google

y existe un droit de passage qui ne peut être supprimé, une source dont le cours naturel ne peut être détourné, un arbre qui ne peut être coupé, une dette qui doit être payée sur la valeur du domaine, une responsabilité, enfin, petite ou grande, pourquoi elle a été établie et à quelle époque elle doit cesser.

La sûreté est nécessaire pour connaître d'une manière précise quelles sont les charges qui ont une préférence ou un privilége sur celle qu'il est question d'y affecter, le registre hypothécaire donnera la date, l'heure de leur apparition et la loi dira : Pour savoir quelle est l'hypothèque première et préférée il n'est pas besoin de compulser les Codes, ni de consulter les avocats ou de feuilleter de vieilles archives ou d'anciens dossiers; pour savoir qui a la priorité, *il suffit de savoir lire.*

La première condition, celle de donner complète sûreté au prêteur, est donc remplie d'une manière absolue par les mesures que la législation espagnole a adoptées; mais il manque encore en Espagne, une autre condition non moins importante : c'est la liberté.

Il est certain qu'une récente disposition du ministre des finances[1] est un grand pas de fait dans la voie de la liberté; d'après cette disposition il ne pourra, dans aucun cas, être accordé de privilége à aucune institution de crédit hypothécaire, soit sur certaines opérations, soit sur une localité, une province ou une contrée déterminées. Le privilége, forme antique du droit repoussé par l'idéal des Sociétés modernes, et sous le joug duquel gémit encore le crédit commercial, a été vaincu par l'égalité absolue devant la loi, donnée aux institutions du crédit hypothécaire. Mais il est indispensable de ne pas s'arrêter dans cette voie; il faut qu'après avoir déclaré que personne ne pourra réclamer ni obtenir des droits privilégiés sur certaines opérations de crédit déterminées, et dans un territoire aussi déterminé, l'égalité devienne féconde. Sur ce point il existe encore des lois générales par trop restrictives, qui prohibent certaines opérations de crédit, comme celles d'émission de billets payables à vue et au porteur, qui en restreignent d'autres, comme celles d'émission d'obligations, qui enfin soumettent les So-

[1] Décret du 5 février 1869.

Digitized by Google

ciétés et les Compagnies, qui avec plus de ressources pourraient se dédier au développement des institutions de crédit hypothécaire, à une réglementation aussi embarrassée qu'inutile. L'abrogation d'une pareille législation est urgente; et lorsqu'elle aura disparu pour faire place à une complète liberté on pourra se féliciter d'avoir atteint, sur ce point si important, la perfection, autant qu'il est donné aux hommes de l'atteindre.

Le privilége et la préférence n'existant plus en matière de droit civil, on aura la propriété libre : en faisant disparaître la restriction de la sphère économique, on aura le capital libre ; et ces deux principes marchant ensemble, l'association avec ses ressources fécondes établira, sans embarras et sans obstacle, les grandes institutions hypothécaires sur la solide et large base de la liberté du crédit.

LUIS SILVELA.

ÉTUDE SUR LES DONATIONS A CAUSE DE MORT.

Par M. Ernest GLASSON, agrégé à la Faculté de droit de Paris.

(*Suite* [1].)

74. Les donations ordinaires étaient prohibées entre époux; mais les conjoints pouvaient se faire des donations à cause de mort.

Ulpien, L. 9, § 2, *De donationibus inter virum et uxorem*, 24, 1 : « Inter « virum et uxorem mortis causa donationes receptæ sunt. »

Les mots *receptæ sunt* ne signifient pas que les donations à cause de mort, après avoir été prohibées entre époux comme les donations entre-vifs, auraient été ensuite permises, mais qu'en tout temps l'usage avait consacré ces libéralités. C'est aussi en ce sens que le même jurisconsulte dit dans la loi 1, *De donat. int. vir. et uxor.*, 24, 1 : « Moribus apud nos *receptum est* ne inter virum et uxorem donationes valerent. »

Gaïus nous apprend pour quel motif on avait autorisé les donations à cause de mort entre époux : « Quia, dit-il, in hoc

[1] V. *Revue*, t. XXXIV, p. 312, 422, 498 et 552; t. XXXV, p. 53, 167 et 258.

Digitized by Google

tempus excurrit donationis eventus quo vir et uxor esse desierunt.» (L. 10, *De donat. int. vir. et uxor.*, 24, 1). La donation à cause de mort est permise entre époux pour la même raison que l'institution d'héritier et le legs : elle ne se réalise qu'à un moment où il n'y a plus mariage.

Toutefois, les jurisconsultes romains avaient introduit dans les donations à cause de mort entre époux, des restrictions qui n'existaient pas pour les donations à cause de mort *inter extraneos*. C'est ainsi que le jurisconsulte Fulcinius avait pensé que les donations à cause de mort entre époux devaient avoir lieu nécessairement en vue d'un péril; mais son opinion avait été repoussée par Neratius.

Neratius, L. 43, pr: *De donat. mortis causa*, 39, 6: «Fulcinius, inter virum « et uxorem mortis causa donationem ita fieri, si donator justissimum « mortis metum habeat. Neratius sufficere existimationem donantis hanc « esse, ut moriturum se putet : quam juste nunc susciperit, non quæ- « rendum. Quod magis tuendum est. »

Inutile d'ajouter que c'est l'avis de Neratius qui avait triomphé.

75. Mais une autre restriction beaucoup plus importante avait été admise. Dans la crainte de voir les époux se faire des donations à cause de mort qui se rapprocheraient des libéralités entre-vifs et qui notamment produiraient du vivant même des époux un avantage immédiat pour le donataire, on avait décidé que dans les donations à cause de mort entre époux, le donateur ne pourrait jamais transférer de suite la propriété au donataire. Mais il ne faudrait pas conclure de là que si le donateur avait l'intention de rendre de suite son conjoint propriétaire la libéralité serait nulle: en pareil cas, le donataire ne serait pas de suite propriétaire, mais la libéralité serait valable, et plus tard, la donation devenant irrévocable par le prédécès du donateur, on tenait même compte de cette intention du donateur en faisant produire effet rétroactif à la donation. En d'autres termes, l'époux donateur ne peut jamais rendre son conjoint immédiatement propriétaire; celui-ci n'acquiert la propriété qu'autant que la donation devient absolue par le prédécès du donateur; mais à ce moment on se demande si la donation a eu lieu de telle sorte qu'en la supposant faite entre étrangers, le donataire aurait été immédia-

Digitized by Google

tement propriétaire ou seulement à la mort du donateur; dans le premier cas, pour se conformer à la volonté du donateur, alors que le mariage n'existe plus, on fait rétroagir l'acquisition au profit du donataire.

Cet effet rétroactif de la condition est formellement indiqué dans deux textes (L. 40, *De mortis causa donationibus*, 39, 6; L. 11, § 9, *De donat. int. vir. et uxor.*, 24, 1). Ces deux textes, soit dit en passant, contredisent tout à fait la théorie des auteurs suivant lesquels la condition jointe à un mode d'acquérir ne produit pas effet rétroactif en droit romain.

Il est fort utile de savoir si la donation doit ainsi rétroagir. La loi 20, *De donationibus inter virum et uxorem*, 24, 1, nous montre un des intérêts pratiques de cette question. Un mari a donné un esclave à cause de mort à sa femme; cet esclave fait durant la vie du mari une stipulation. Le bénéfice de la stipulation sera pour le mari ou pour la femme selon qu'à la mort du mari, la femme sera considérée comme propriétaire sans ou avec effet rétroactif. Il est, en effet, de principe que les stipulations, même sous condition, faites par un esclave, profitent au maître sous la puissance duquel cet esclave se trouvait au moment où le contrat s'est formé.

Mais, de son vivant, l'époux donateur restait toujours propriétaire: le principe de la prohibition des donations entre-vifs avait fait admettre cette restriction. Tous les auteurs sont aujourd'hui d'accord sur cette solution, et l'opinion contraire, autrefois soutenue par de Retes (*De donationibus inter virum et uxorem*, ch. 8, § 15), est abandonnée.

Après avoir posé le principe qui autorise les donations à cause de mort entre époux (L. 9, § 2, *De donat. inter virum et uxor.*, 24, 1) et les motifs sur lesquels repose cette règle L. 10, *eod. tit.*), les compilateurs du Digeste empruntent au jurisconsulte Ulpien un texte qui indique nettement sous quelle restriction ces libéralités sont permises.

Ulpien, L. 11, pr., *De donationibus inter virum et uxorem*, 24, 1 : « Sed « interim res non statim fiunt ejus cui donatæ sunt, sed tunc demum, cum « mors insecuta est. Medio igitur tempore dominium remanet apud eum « qui donavit. »

76. Nous rencontrons dans les textes des applications de ce principe que le donateur reste propriétaire.

Digitized by Google

Papinien, L. 76, *De heredibus instituendis*, 28, 5 : « Servus uxori a ma-
« rito, mortis causa donatus, mariti manet, ut et Juliano quoque videtur.
« Idem[1], si accipiat libertatem simul et hereditatem, viro necessarius
« hæres erit, nec sine libertate, aliquid ei legari potest. »

Ainsi, lorsqu'un mari a donné *mortis causa* un esclave à sa femme, cet esclave n'en reste pas moins la propriété du mari; aussi peut-il être institué héritier nécessaire, ce qui implique révocation de la donation. C'est par la même raison que le mari ne peut rien léguer valablement à cet esclave, à moins de lui donner en même temps la liberté (cpr. Const. 4, *De legatis*, 6, 37).

Réciproquement, malgré la tradition qui peut lui avoir été faite, l'époux donataire ne devient pas propriétaire du vivant du donateur, et dès lors, s'il fait lui-même tradition, il ne rend pas de suite l'*accipiens* propriétaire. Quant à l'effet de cette tradition faite par le donataire à un tiers du vivant de son conjoint, Ulpien le détermine dans le texte suivant :

L. 11, § 9, *De donationibus inter virum et uxorem*, 24, 1 : « Si uxor rem,
« quam a marito suo mortis causa acceperat, vivo eo alii tradiderit, nihil
« agitur ea traditione, quia non ante ultimum vitæ tempus mulieris fuit.
« Plane in quibus casibus placeat retroagi donationem, etiam sequens tra-
« ditio a muliere facta in pendenti habebitur. »

Le jurisconsulte fait une distinction : s'agit-il d'une donation où, en droit commun, le donataire aurait été propriétaire seulement à la mort du donateur, alors la tradition faite par la femme du vivant de son époux donateur est absolument nulle, et elle ne se trouverait pas validée lors même que, dans la suite, la femme deviendrait propriétaire par le prédécès de son mari : elle a fait tradition à un moment où elle n'était pas propriétaire, et elle n'a pas pu transférer une qualité qu'elle n'avait pas; — s'agit-il au contraire d'une donation où, suivant le droit commun, le donataire serait déjà devenu propriétaire du vivant du donateur, alors on ne peut pas savoir immédiatement quel sera l'effet de la tradition faite par la femme au tiers; son sort dépend de celui de la donation. Si la donation devient irrévocable par le prédécès du mari donateur, alors, en vertu de l'effet rétroactif qui se produit en pa-

[1] Cujas lit : *id est* (Com. in libr. XV : *Quæst. Papiniani*, ad h. l. — La glose préfère *unde*. — Il vaut mieux, comme l'ont fait les frères Kriegel, conserver *idem*, qui peut très-naturellement se rapporter à *servus*.

Digitized by Google

reil cas, la femme sera considérée comme déjà propriétaire au moment où elle a fait tradition au tiers, et cet *accipiens* sera propriétaire; mais si la donation tombe par le prédécès de la femme, la tradition qu'elle a effectuée n'a pas pu transférer une propriété qu'elle n'a jamais eue.

C'est encore par application du principe spécial aux donations à cause de mort entre époux que, si la donation tombe par prédécès du conjoint donataire, le donateur peut toujours intenter l'action en revendication pour se faire restituer la chose, même dans le cas où le donataire survivant aurait été rétroactivement propriétaire. Au contraire, quand une donation à cause de mort *inter extraneos* a eu lieu avec translation immédiate de propriété et qu'elle devient caduque, les anciens jurisconsultes, comme nous le verrons plus tard, accordent seulement une action personnelle, une *condictio*, pour contraindre les héritiers du donataire à retransférer la propriété au donateur.

Papinien, L. 52, § 1, *De donationibus inter virum et uxorem*, 24, 1 : « Uxor viro fructum fundi ab herede suo dari, quod si datus non fuisset, « certam pecuniam mortis causa promitti curavit : defuncto viro viva mu- « liere, stipulatio solvitur; ut traditio quæ mandante uxore mortis causa « facta est, nam quo casu inter exteros condictio nascitur, inter maritos[1] « nihil agitur. »

77. Il nous sera facile, avec les notions précédentes, de comprendre la loi 11, *De donationibus inter virum et uxorem* (24, 1), qui a donné lieu à des difficultés d'interprétation.

Le *principium* de cette loi commence par poser le principe que, dans les donations à cause de mort entre mari et femme, la propriété ne peut jamais être transmise de suite au donataire[2]. Dans le § 1[3], le jurisconsulte ajoute qu'il ne faudrait pas

[1] *Inter maritos* signifie *inter conjuges*. Cette expression, bien que fort rare, se rencontre pourtant quelquefois. Ainsi, Apulée (*Metamorph.*, lib. 8, cap. 2) parle de *futura soboles novorum maritorum*. Dans Ovide, on lit *marita* pour *uxor* (lib. 2, *De arte amandi*, vers 381). C'est qu'en effet le masculin renferme le féminin (cpr. Heineccius, ad Brisson., *De verb. jur. signific.*, v° *Maritus*).

[2] Les Basiliques portent : Καὶ τῷ θανατῳ τοῦ δωρησαμένου γίνεται καὶ λαβοντος, ἐν δε τῷ μεταξὺ τοῦ δωρησαμένου ἐστί (Et morte donatoris res fiunt accipientis; medio tempore donatoris sunt). — Bas., lib. 30, tit. 1, L. 11; Ed. Heimbach, III, p. 503.

[3] Antoine Faber (*De erroríb. pragmatic.*, dec. 44, error 8) pense que tout

Digitized by Google

toutefois croire qu'entre époux on puisse faire seulement des donations à condition: «*ut tunc res fiat uxoris vel mariti, quum mors insequetur.* » On peut même faire à son conjoint des donations avec intention de le rendre de suite propriétaire; c'est ce que veut dire le jurisconsulte, quand il ajoute: *Sed omnis mortis causa donatio*[1]. Sans doute, dans ce dernier cas, cet effet n'est pas produit, mais on tient toujours compte de la volonté manifestée par le donateur, en ce sens que, si la donation devient irrévocable par le prédécès du donateur, on fait remonter rétroactivement ses effets.

Lorsque l'époux donateur ne s'est pas expliqué et qu'il est impossible de connaître son intention, présume-t-on qu'il a voulu faire une donation sans effet rétroactif à sa mort? L'affirmative ne me paraît pas douteuse. Elle résulte: du motif sur lequel Gaïus s'appuie pour justifier les donations à cause de mort entre époux (L. 10, *De donat. int. vir. et uxor.*, 24, 1); — de l'enchaînement des idées du jurisconsulte Ulpien dans la loi 11. Après avoir posé en principe que dans les donations à cause de mort entre époux, le donataire acquiert la propriété *cum mors insecuta est* (L. 11, *pr. cit.*), il ajoute que les époux peuvent cependant se faire d'autres donations à cause de mort (L. 11, § 1, *cit.*), mais qu'en principe, et dans le doute, ces donations deviennent irrévocables par le prédécès du donateur sans effet rétroactif (L. 11, § 2).

Cependant, M. Boissonade, dans son *Essai sur l'histoire des donations entre époux* (n° 45), propose un autre système. « La rétroactivité, dit-il, était présumée dans l'intention du donateur, quand il avait fait tradition de son vivant; s'il n'y avait eu que promesse, il fallait d'autres indices de sa volonté. » Je ne m'explique pas cette distinction, car toute donation à cause de mort de cette nature suppose toujours une tradition immédiate, et malgré cette tradition, dans le

le premier paragraphe de cette loi 11 est une interpolation de Tribonien; mais rien n'autorise une pareille conjecture.

[1] Tel est aussi le sens que l'on retrouve aux Basiliques : Πασα δε δωρεα θανατου αιτια, μεταξυ των συνοικουντων ἐρρωται, κἀν μη ταυτην διαθεσει γενηται, ὡστε μετα το τελευτησαι τον δωρησαμενον γενεσθαι το πραγμα του ἀλλου (Omnis autem mortis causa donatio inter conjuges valet, etiamsi non eo facta sit animo, ut mortuo donatore res alterius fieret). — Bas., lib. 30, tit. 1, L. 11; Heimbach, III, p. 503.

Digitized by Google

doute, il n'y a pas effet rétroactif. A l'appui de la solution contraire, M. Boissonade invoque la loi 40, *De mortis causa donationibus*, 39, 6, et il ajoute que dans la loi 11, *De donationibus inter vir. et uxor.*, 24, 1, Ulpien n'entend pas poser en règle que la donation à cause de mort entre époux devient irrévocable sans effet rétroactif. Mais cette opinion est tellement forcée, qu'on est obligé de reconnaître qu'Ulpien paraît dire le contraire. Aussi persistons-nous dans notre interprétation, d'autant plus qu'elle est confirmée par l'autorité des Basiliques. — D'ailleurs, Ulpien ne dit-il pas au § 9 de cette même loi : « Si uxor rem quam a marito suo mortis causa acceperat, vivo eo alii tradiderit, nihil agitur ea traditione, *quia non ante ultimum vitæ tempus mulieris fuit.* » Voilà bien la règle ! Mais ensuite le jurisconsulte ajoute l'exception en continuant : « Plane in quibus casibus placet retroagi donationem, *et reliq.* »

Nous reconnaissons toutefois volontiers que la loi 40, *De mortis causa donationibus* (39, 6), paraît contrarier notre opinion et poser en règle la rétroactivité.

Papinien, L. 40, *De mortis causa donationibus*, 39, 6 : « Si mortis causa « donatio inter virum et uxorem facta sit, morte secuta, reducitur ad id « tempus quo interposita fuit. »

Dirons-nous que Papinien professait sur cette question une opinion particulière qui aurait fini par être abandonnée? Cette explication ne serait pas bonne, car nous ne trouvons, ni dans ce texte, ni dans celui d'Ulpien, aucune trace de controverse; et de plus, si l'opinion de Papinien avait été abandonnée, on ne s'expliquerait pas l'insertion de ce texte au Digeste.

Nous préférons l'explication suivante : Ce texte, si court, a été extrait d'un passage où le jurisconsulte Papinien s'occupait des donations à cause de mort entre époux où l'on admet, par exception, la rétroactivité ; il n'est pas aussi général qu'on pourrait le croire *a priori*. Cette interprétation n'est pas divinatoire, car nous en trouvons la confirmation aux Basiliques. La loi 40 a passé textuellement dans ce recueil byzantin (Bas., lib. 27, tit. 3, L. 40, Ed. Heimbach, IV, p. 610); mais dans une scholie sur ce texte, on a soin de rappeler que la règle véritable se trouve dans la loi 11 cit. (Dig.

Digitized by Google

11, tit. 1; lib. 29, *dicit post mortem conjugis, qui donavit, rem fieri ejus qui donationem accepit. Lege quæ illic adnotata sunt.* — Trad. Heimbach).

Ainsi, en principe, la donation à cause de mort entre époux devient irrévocable sans effet rétroactif. Cette solution est-elle l'application du droit commun? Autrement dit, quand une tradition a lieu sous condition, est-ce qu'en règle générale l'accomplissement de la condition a lieu sans effet rétroactif? C'est là une grave question, sur laquelle j'aurai l'occasion de m'expliquer en parlant des effets des donations à cause de mort. Dans mon opinion, et malgré l'autorité contraire des interprètes les plus récents et les plus considérables, en principe, l'accomplissement de la condition rétroagit au jour où la tradition a été faite, à moins que l'intention contraire des parties ne soit évidente. Dans les donations à cause de mort entre époux, les jurisconsultes romains ont établi une présomption inverse : dans le doute, la condition ne rétroagit pas; de là découle une série de conséquences contraires aux règles ordinaires et qui, en droit commun, seraient de véritables erreurs juridiques. Telle est précisément la pensée que veut exprimer Ulpien dans le § 2 de notre loi 11 : « Quando itaque non retroagatur donatio, emergunt vitia, ut Marcellus animadvertit, in specie hujus modi[1]. »

Nous allons parcourir avec le jurisconsulte romain quelques-unes de ces conséquences. Il va de soi que, s'il s'agissait de tout autre acte que d'une donation entre époux à cause de mort, comme l'acomplissement de la condition produirait effet rétroactif, on devrait donner des solutions inverses.

[1] *Emergunt vitia* signifie : résultent des conséquences anormales. Cette phrase du jurisconsulte a été souvent mal comprise. Ainsi, Hulot a traduit : « Comme ces sortes de donations n'ont point d'effet rétroactif, il se ren« contre quelquefois des difficultés !! » M. Vernet a aussi commis un contresens en traduisant ce texte (*Textes choisis sur la théorie des Obligations*, p. 146), ainsi que le fait remarquer M. Bufnoir (*Théorie de la condition*, p. 416, note 1). Ce dernier auteur explique aussi ce texte d'une manière différente du sens que nous proposons et conforme d'ailleurs à son opinion suivant laquelle la condition ne produit jamais, en droit commun, effet rétroactif dans les translations de propriété. J'aurai occasion de revenir sur ce texte important.

Digitized by Google

Ulpien, L. 11, § 2, *De donationibus inter virum et uxorem*, 24, 1 : « .... Ma-
« ritus uxori mortis causa donatum voluit : interposuit mulier filiumfamilias,
« qui a marito acciperet, eique traderet; deinde, cum moritur maritus,
« paterfamilias invenitur ; an valeat traditio? Et ait, consequens esse dici,
« traditionem valere, quia sui juris effectus est, eo tempore, ad quod tra-
« ditio redigitur, id est, cum maritus moriebatur. »

Ainsi, un mari voulait faire une donation à cause de mort à sa femme. Dans ce but, il livra la chose à un *filiusfamilias*, à charge par celui-ci de la remettre à la femme ; *non ut procurator*, dit Schulting dans ses notes sur cette loi, *sed ut fieret dominus cum onere restituendi*. A la mort du mari, cette personne interposée est devenue *sui juris*. On se demande si la tradition peut être valablement faite par cette personne à la femme du défunt? D'après les principes ordinaires, il faudrait résoudre la question par la négative : l'accomplissement de la condition produisant effet rétroactif, la personne interposée aurait acquis pour son *paterfamilias* et ne saurait dès lors transmettre régulièrement la chose à la femme. Mais ici, il en est autrement, car le donateur n'a cessé d'être propriétaire qu'au moment de sa mort, et, à cette époque, la personne interposée était *sui juris* [1].

Les paragraphes suivants du même texte renferment encore d'autres applications de notre principe.

Ulpien, L. 11, § 3, eod. tit. : « Idem ait, placuisse scio Sabinianis, si
« filiæfamilias uxori maritus tradet, donationem ejus cum omni suo emo-
« lumento fieri, si vivo adhuc marito sui juris fuerit effecta. Quod et Ju-
« lianus libro septimo decimo probat. »

Le mari a fait une donation à cause de mort à sa femme qui était sous puissance paternelle : le jurisconsulte décide que, pour savoir si cette donation est valable, il faut se placer

[1] Gluck explique ce texte d'une manière un peu différente. Il suppose que le mari fait tradition, non pas à un fils de famille, mais à son propre *filiusfamilias*, à charge par lui de remettre ensuite la chose à sa mère. Si l'on admettait l'effet rétroactif, la donation ne serait pas valable, car la chose aurait été livrée à une personne qui se trouvait sous la puissance du *tradens;* mais dans la donation à cause de mort entre époux, la translation de propriété a lieu au jour de la mort du donateur, et à ce moment le fils est devenu *sui juris* (*Erlauterung der Pandecten*, § 1253 ; t. XXVI, p. 56).— Mais il me semble qu'il résulte du texte, et surtout de son rapprochement avec le § 6 de la même loi, que le jurisconsulte suppose la tradition faite à un *filiusfamilias* quelconque.

Digitized by Google

au moment de la mort du mari. La femme est-elle devenue *sui juris*, elle acquiert la propriété à cette époque; si elle est restée *alieni juris*, le bénéfice de l'acquisition profite au *paterfamilias* sous la puissance duquel elle se trouve (cpr. arg. du § 5 de la même loi). Mais on ne remonte pas rétroactivement au moment de la tradition pour déterminer quelle personne sera propriétaire; c'est là, comme le dit Ulpien, un *vitium*, une dérogation au droit commun; si l'on appliquait les principes ordinaires, l'acquisition devrait profiter au *paterfamilias* sous la puissance duquel la femme se trouvait au moment où la donation a été faite.

Continuons l'étude de la loi 11.

Ulpien, L. 11, § 4, eod. tit. : « Perinde et si uxor marito filiofamilias « mortis causa tradat, et is sui juris effectus sit, sine dubio dicemus ipsius « fieri. »

Cette hypothèse est absolument la même que la précédente, seulement la donation est faite par la femme à son mari, au lieu de l'être par le mari à sa femme.

Ulpien, L. 11, § 5, eod. tit. : « Per contrarium quoque, si uxor donaverit « mortis causa patrifamilias marito, et mortis ejus tempore filiusfamilias « inveniatur, patri erit nunc emolumentum quæsitum. »

Le jurisconsulte développe toujours la même idée : la translation de propriété a lieu au moment de la mort, et dès lors, si le mari est encore *filiusfamilias*, c'est la personne sous la puissance de laquelle il se trouve qui profite de l'acquisition.

Ulpien, L. 11, § 6, eod tit. : « Consequenter Scævola apud Marcellum no- « tat : si servum interposuit mulier, ut ei tradatur mortis causa, isque « adhuc servus dederit mulieri, deinde mortis tempore liber inveniatur, « tantumdem erit dicendum. »

Il s'agit maintenant d'un cas qui présente des ressemblances avec celui du § 2, seulement la tradition a été faite par le mari donateur à un esclave, et non plus à un fils de famille. Marcellus n'avait pas parlé de cette hypothèse : c'est Scævola qui l'ajoute en note aux observations de Marcellus. Si la translation de propriété avait lieu au moment de la tradition, l'esclave devrait acquérir pour son maître et nullement pour la donatrice. Mais, comme on se place au moment de

Digitized by Google

la mort du donateur, il est impossible de dire avant cette époque à qui la propriété sera acquise : ce sera, si l'esclave n'a pas changé de condition, à son maître; dans le cas contraire, à l'esclave lui-même devenu affranchi, mais à charge de retransférer la propriété à la donatrice [1].

De tout ce qui précède, il résulte que, pour connaître le sort d'une donation à cause de mort entre époux, faite par l'intermédiaire d'une personne interposée, il faut se placer au jour de la mort du donateur. Si cette personne est *alieni juris* à cette époque, la donation ne peut se réaliser, car c'est à ce moment qu'a lieu la translation de propriété au profit de la personne interposée, et à ce moment, elle ne peut acquérir que pour celui sous la puissance duquel elle se trouve; la transmission que cette personne interposée ferait ensuite à l'époux donataire ne serait pas régulière.

Ceci posé, Ulpien va plus loin et se demande ce qui arriverait si la personne interposée venait à mourir avant le donateur et après avoir fait remise de la chose au donataire : il rapporte encore l'opinion de Marcellus, mais ici la théorie de ce jurisconsulte lui paraît trop absolue, et il préfère établir une distinction.

Ulpien, L. 11, § 7, h. t. : « Idem Marcellus tractat, si is qui interpositus « est, posteaquam dederit mulieri, decesserit adhuc vivo donatore, dona- « tionem evanescere, quia debeat aliquo momento interposito [2] fieri, et sic « ad mulierem transire. Quod ita procedit, si ea, cui donabatur, eum inter- « posuit, non is qui donabat. Porro si a marito interpositus est, et res ip- « sius statim facta est, et si ante mortem mariti tradiderit et decesserit, « traditio ejus egit aliquid; ut tamen hæc traditio pendeat, donec mors se- « quatur. »

Le mari a voulu faire à sa femme une donation *mortis causa* par personne interposée. Cette dernière meurt avant le dona-

[1] Cette note de Scævola sur Marcellus aurait été mieux placée à la suite du § 2.

[2] Haloander et la Vulgate intercalent: *ejus*. Gentilis (*De donationibus int. vir. et uxor.*, lib. 4, cap 24) et Pothier (ad Pand., liv. 24, tit. 2, n° 22) lisent : *interpositi*. Sans doute, *fieri* gouverne le génitif, mais on trouve cependant aussi quelquefois le datif. Ainsi, Plaute (*Rudens*, act. 4, sc. 2, vers 16) dit : *dominus cui furtum fiebat*. Antoine Faber (*De erroribus pragmat.*, p. II, dec. 46, err. 5) entend le texte en ce sens : *qui debebat donatio aliquo momento fieri interposito, id est ei personæ quæ interposita est, et in ea consistere, et sic deinde ad mulierem transire.*

Digitized by Google

teur, mais après avoir reçu la chose et l'avoir remise à la donataire. Dans l'intention des parties, cette personne devait d'abord acquérir la propriété et, à son tour, la retransférer à la femme. Tous ces projets ont été déjoués par sa mort arrivée avant celle du donateur. Comment les choses vont-elles alors se passer? La femme deviendra-t-elle de suite propriétaire à partir de la mort de cette personne interposée, ou même du jour où cette dernière lui a fait tradition? Cela est impossible. Les donations sont permises entre époux à la condition seulement que le donataire ne deviendra propriétaire qu'à la mort du donateur; et on avait même conclu de là, que la personne interposée ne pouvait pas être propriétaire avant la mort du donateur. Autrement dit, dans tous les cas, le donateur reste propriétaire jusqu'à sa mort, même quand il fait de son vivant tradition à une personne interposée. Marcellus en conclut que la donation ne peut pas se réaliser : il aurait fallu que la personne interposée eût d'abord été propriétaire au moment de la mort du donateur et eût ensuite transféré la propriété à la femme. En vain dirait-on que plus tard, par suite de l'accomplissement de la condition, de la mort du mari donateur avant sa femme, on pourra rétroactivement considérer cette personne interposée comme ayant été propriétaire : la condition ne peut produire ici aucun effet rétroactif. Ainsi, la solution de cette question n'est encore qu'une application du même principe.

Toutefois Ulpien n'admet plus ici purement et simplement cette solution présentée par Marcellus. Il ajoute qu'il vaut mieux distinguer, et se demander si la personne interposée a été désignée par l'époux donataire ou par l'époux donateur. Dans le premier cas, il adopte la solution de Marcellus : la personne interposée n'a pas pu, avant la mort du donateur, devenir propriétaire, pas plus que le donataire. Mais toute autre est la situation, lorsque la personne interposée est désignée par le donateur : rien ne s'oppose à ce que cette personne soit propriétaire pendant le mariage, et telle est même l'intention du donateur; la volonté de ce dernier est de faire profiter la personne interposée de la qualité de propriétaire depuis le jour de la tradition jusqu'à l'accomplissement de la condition de la donation à cause de mort que ce donateur fait à son conjoint. Aussi dans ce dernier cas, Ulpien repousse

Digitized by Google

la solution trop absolue de Marcellus. On ne peut plus dire, en effet, que la condition ne se réalise pas, bien que la personne interposée soit morte après avoir fait tradition à la femme. Il faut attendre : si la femme donataire survit à son mari, la donation est valable; dans le cas contraire, elle tombe. Cette dernière solution n'est que l'application des principes ordinaires sur la caducité des donations à cause de mort; mais pour la translation de propriété on admet des règles particulières. Il ne faudrait pas croire, en effet, que, quand la donation se trouve consolidée par le prédécès du mari donateur, la femme devienne propriétaire du jour où la personne interposée lui a fait tradition ou de l'époque de la mort de cette personne. La femme ne peut acquérir la propriété qu'à partir de la mort de son mari; jusqu'à ce moment, la propriété reste à la personne interposée ou à ses héritiers, bien que la chose ait été livrée à la femme.

Dans ce texte, comme on a dû le remarquer, la personne interposée par le donateur n'est pas un simple mandataire, mais en réalité un premier donataire. Ulpien examine toutefois dans le paragraphe suivant ce qui arrivera si la personne interposée est une simple mandataire, et il distingue encore suivant qu'elle a été choisie par le donateur ou par le donataire.

Ulpien, L. 11, § 8, h. t. : « Si uxor rem Titio dederit ut is marito mortis « causa traderet, eaque defuncta, invitis heredibus ejus Titius marito de- « derit, interest utrum a muliere sit interpositus Titius an vero a marito « cui donabatur. Si a muliere interpositus est, obligabit se condictione si « marito tradiderit; si autem a marito sit interpositus, mortua muliere, « confestim fundus efficietur ejus quem maritus interposuit, et actionem « ipse maritus cum eo habebit. »

Les auteurs sont loin de s'entendre sur ce texte difficile, et aucune des interprétations que j'ai pu consulter ne m'a satisfait. Voici comment j'entends cette loi : Une femme voulant faire une donation à cause de mort à son mari, a livré la chose à Titius, mandataire interposé, à charge par celui-ci de la remettre au mari à la mort de la donatrice. La femme meurt la première; ses héritiers déclarent à Titius qu'ils ne consentent pas à ce qu'il fasse tradition au mari. Titius ne tient pas compte de cette prohibition. Qu'arrivera-t-

Digitized by Google

il? Il faut distinguer selon que Titius est mandataire de la femme ou mandataire du mari.

Prenons d'abord la première hypothèse : Titius est mandataire de la femme, c'est-à-dire de l'époux donateur. Dans ce cas, Titius est devenu propriétaire par la tradition que lui a faite la femme, à charge par lui de retransférer la propriété au mari en cas de prédécès de la femme; rien ne s'oppose ici à ce que la personne interposée devienne propriétaire puisqu'elle a été choisie par le donateur. Toutefois le mandat de Titius s'est éteint ensuite par la mort du mandant. On pourrait pourtant en douter, car, s'il est vrai de dire qu'en règle ordinaire la mort du mandant est un mode d'extinction du mandat, on reconnaît toutefois que les parties peuvent convenir que les pouvoirs du mandataire ne cesseront pas par la mort du mandant et que pareille convention est même sous-entendue lorsque l'affaire est de nature à ne pouvoir être faite qu'après la mort du mandant (L. 12, § 17; L. 13; L. 27, § 1, *Mandati*, 17, 1). Or, telle paraît bien être la situation prévue par Ulpien, le mari ne pouvant pas être donataire, ni propriétaire avant la mort de sa femme. — Néanmoins il ne faudrait pas s'arrêter à cette objection. Le mandat, dans notre hypothèse, a pris fin par la mort du mandant; le mandataire Titius pouvait, en effet, l'exécuter du vivant de la femme en faisant tradition au mari, sauf que celui-ci ne serait devenu propriétaire qu'à la mort de sa femme. D'ailleurs, les héritiers s'opposent à ce que Titius transfère la propriété au mari; et dès lors, à défaut d'extinction par la mort du mandant, le mandat devrait prendre fin par la révocation. Quoi qu'il en soit, Titius ne tient pas compte de la perte de sa qualité de mandataire, et, malgré la défense des héritiers du mandant, il transfère la propriété au mari : il rend le mari propriétaire, car, cela est élémentaire, la révocation du mandat ne lui fait pas perdre la qualité de propriétaire et ne s'oppose pas à ce qu'il la transfère à des tiers. Toutefois, il est tenu d'une action envers les héritiers. Quelle est cette action? Ulpien nous parle de la *condictio*; mais beaucoup d'auteurs pensent que le jurisconsulte romain s'est mal exprimé et qu'il a voulu désigner l'*actio mandati*[1]. Cela

[1] Gentilis, *loc. cit.* — Glück, § 1253, t. XXVI, p. 65.

Digitized by Google

est inadmissible. Ulpien accorde la *condictio*. Il ne peut pas être question de l'*actio mandati* par la raison bien simple qu'il s'agit d'un fait (une translation de propriété) postérieur à l'extinction du mandat. Cette *condictio* est la *condictio certi*, car Titius est tenu de retransférer la propriété aux héritiers de la femme, seulement, comme il ne peut pas opérer cette translation, il sera condamné à des dommages intérêts. — Il est bien évident que si Titius avait livré la chose au mari dans l'ignorance que la femme était morte ou que les héritiers faisaient opposition, il ne serait tenu d'aucune action.

La seconde hypothèse indiquée par notre texte est moins délicate : Titius a été constitué mandataire interposé par le mari donataire et la femme lui a fait tradition. Titius ne peut pas, comme dans le cas précédent, devenir propriétaire au moment de la tradition, car il a été interposé par le donataire, et la personne interposée, comme nous l'avons vu, ne peut pas devenir propriétaire, pas plus que le donataire lui-même; mais, à la mort de la femme, Titius acquiert de suite la propriété, à charge par lui de la retransférer au mari; à cet effet, celui-ci jouit contre lui de l'*actio mandati*.

78. Cette explication de la loi 11, *De donationibus inter virum et uxorem* (24, 1) aura suffi pour faire comprendre comment se font les donations à cause de mort entre époux. Aussi nous bornerons-nous à n'ajouter que quelques mots à ce qui précède.

Les donations à cause de mort entre époux, étaient révocables jusqu'à la mort du donateur. Tel était d'ailleurs le caractère commun à toutes les donations à cause de mort (L. 32, *De mortis causa donationibus*, 39, 6). Mais un point assez délicat est celui de savoir si. dans les donations entre époux à cause de mort, le donateur pouvait renoncer au droit de révocation. Bien que la question ne soit résolue par aucun texte, je n'hésite pas à décider que le droit de révocation était de l'essence, et non plus seulement de la nature des donations à cause de mort, lorsque ces libéralités intervenaient entre conjoints. S'il est vrai de dire que les donations à cause de mort avaient été autorisées entre époux, il faut reconnaitre toutefois que c'était à la condition de se présenter avec les caractères ordinaires de ces libéralités[1], et

[1] Machelard, *Dissertation sur l'accroissement*, p. 250.

Digitized by Google

le motif qui avait fait décider qu'elles ne pourraient pas avoir lieu par translation immédiate de propriété s'opposait encore plus fortement à toute renonciation au droit de révocation. Enfin, lorsque les donations entre-vifs furent autorisées entre époux, on les rapprocha sous certains rapports des donations à cause de mort entre les mêmes personnes. Or, on sait que ces donations entre-vifs furent toujours essentiellement révocables au gré du donateur.

On a invoqué contre cette solution la loi 11, § 1, *De donationibus inter virum et uxorem* (24, 1), où il est dit, en effet, que *omnis mortis causa donatio valet inter virum et uxorem*. Mais il suffit de lire ce texte attentivement pour se convaincre que le jurisconsulte Ulpien ne songe pas au droit de révocation, ni à la renonciation à ce droit; il se place dans ce texte à un tout autre point de vue; il veut dire qu'entre époux on peut faire, non-seulement des donations à cause de mort qui, si elles avaient lieu *inter extraneos*, rendraient le donataire propriétaire à la mort du donateur, mais aussi des donations qui *inter extraneos* auraient pour effet de transférer de suite la propriété au donataire.

79. L'époux donateur peut révoquer d'une manière expresse ou tacite. Il y a même révocation tacite, d'après Julien et Ulpien, par cela seul que l'époux donataire signifie le divorce à l'époux donateur; on présume que celui-ci retire son bienfait au conjoint qui veut rompre avec lui. On conçoit pourtant que cette règle ne soit pas absolue: il s'agit avant tout d'une question de fait. C'est sous le bénéfice de cette restriction que doit être admise la réponse de Julien[1].

Ulpien, L. 11, § 10, *De donationibus inter virum et uxorem*, 24, 1 : « Si « maritus uxori donaverit mortis causa, eaque diverterit, an dissolvatur « donatio? Julianus scripsit, infirmari donationem, nec impendere[2]. »

[1] Ainsi, comme nous le verrons bientôt, les donations entre-vifs sont autorisées entre époux *divortii causa*. A plus forte raison en est-il de même des donations à cause de mort, et il serait absurde de dire, en pareil cas, que la donation est révoquée par le divorce, puisqu'au contraire elle a été faite précisement en vue de ce divorce.

[2] Haloander, Miræus, Bandoza, Merlin lisent: *nec eam in pendenti esse*.— Rœver veut qu'on mette : *et impediri*.— Catharinus propose : *et minime pendere* (voy. Glück, XXVI, p. 69, note 56).

Digitized by Google

Ces derniers mots ont beaucoup occupé les anciens interprètes. Selon nous, le jurisconsulte veut dire que, la donation étant révoquée, il n'y a pas lieu d'attendre la mort du donateur pour savoir si la libéralité sera définitivement valable ou caduque (Pothier, *ad tit. De donat. inter vir. et uxor.*, 24, 1, n^os^ 23).

80. Nous avons vu qu'en règle ordinaire les donations à cause de mort tombent par la *media capitis deminutio* du donateur (L. 7, *De mortis causa donationibus*, 39, 6). Cette règle souffre exception lorsque la libéralité a lieu entre mari et femme. Déjà à l'époque où les donations entre-vifs étaient prohibées *inter conjuges* on autorisait, par exception, celles qui se faisaient *divortii causa* (L. 11, § 1; L. 12; L. 60, § 1; L. 62, pr., *De donationibus inter virum et uxorem*, 24, 1), ou bien *exilii vel deportationis causa* (L. 13, § 1; L. 43, *eod. tit.*). C'est probablement dans le même esprit, par des raisons d'équité et d'humanité, qu'on a décidé que, contrairement aux principes ordinaires, la donation à cause de mort entre époux ne serait pas caduque par la *media capitis deminutio* du donateur. Cette solution ne saurait être douteuse pour le cas où la donation aurait eu lieu précisément en vue de la déportation; mais on ne doit pas la restreindre à cette hypothèse; il faut l'étendre à tous les cas d'une donation à cause de mort antérieurement faite entre époux. C'est ce qui paraît résulter du texte suivant, où le jurisconsulte, après avoir spécialement parlé du cas où la donation *mortis causa* a eu lieu en vue de la déportation, paraît ensuite généraliser sa solution.

Ulpien, L. 13, § 1, *De donationibus inter virum et uxorem*, 24, 1 : « Proinde et si mortis causa uxori donaverit, et deportationem passus est, « an donatio valeat, videamus? Et alias placet, in casum deportationis « donationem factam valere, quemadmodum in causam divortii. Cum igitur « deportatione matrimonium minime dissolvatur, et nihil vitium mulieris « incurrit, *humanum est*, donationem quæ mortis causa ab initio facta « est, tali exilio subsecuto confirmari, tanquam si mortuo marito rata ha- « bebatur : ita tamen, ut non adimatur licentia marito eam revocare, « quia et mors ejus exspectanda est, ut tunc plenissimam habeat firmi- « tatem, quando ab hac luce fuerit subtractus, sive reversus, sive adhuc in « pœna constitutus. »

Lorsque l'époux donateur subit la *media capitis deminutio*, ce changement d'état produit donc un effet tout particulier pour la donation à cause de mort dont il a gratifié son conjoint.

Digitized by Google

Contrairement au droit commun, la donation ne tombe pas; les choses se passent comme si le mari était mort. Autrement dit, la femme donataire devient immédiatement propriétaire à partir de ce moment; mais toutefois son mari conserve encore le droit de révocation jusqu'à sa mort. C'est donc à cette époque seulement que la donation devient irrévocable d'une manière définitive. Mais ce résultat se produit sans qu'il y ait lieu de distinguer si le donateur est mort après avoir recouvré sa qualité de citoyen romain ou sans avoir pu l'obtenir de nouveau; même dans ce dernier cas, la donation reste valable et le fisc ne s'empare pas des biens qui la composent.

Cette dernière solution a paru assez extraordinaire aux anciens commentateurs du droit romain. Aussi sont-ils généralement d'accord pour soutenir qu'elle n'appartient pas à Ulpien, et qu'elle a été ajoutée par les commissaires de Justinien qui voulaient mettre le texte en rapport avec la Const. 24, *De donationibus inter virum et uxorem* (5, 16)[1]. Cette Constitution donne, en effet, la même solution que celle du texte d'Ulpien, mais pour les donations entre-vifs. Cependant, selon nous, l'accusation portée contre Tribonien n'est pas fondée. Il suffit de comparer les deux textes pour se convaincre que la fin de la loi d'Ulpien n'a pas été ajoutée par Tribonien; il est bien plus probable que la solution d'Ulpien, admise pour les donations à cause de mort, fut étendue par Constantin aux libéralités entre-vifs dans la Const. 24 citée.

81. L'époux marié en secondes noces peut faire des donations à cause de mort à son nouveau conjoint; seulement, s'il a des enfants du premier lit, il lui est défendu de laisser à son conjoint donataire au delà de la part de l'enfant le moins prenant. Sous ce rapport, la règle est la même pour toutes les libéralités qu'un époux marié en secondes noces peut faire son nouveau conjoint au détriment des enfants du premier mariage (Const. 6, *De secundis nuptiis*, 5, 9).

82. Nous avons déjà dit qu'une donation à cause de mort

[1] En ce sens : Cujas, *Obs.*, lib. III, cap. 10; — Ant. Faber, *Conject.*, lib. XII, cap. 17, et *De erroribus pragmatic.*, dec. 46, error 3; — Gentilis, *De donationibus inter virum et uxorem*, lib. II, cap. 32 et lib. III, cap. 10; — Wissembach, *Emblemata Triboniani*, cap. 4, ad leg. 13, § 1, h. t.; — Voorda, *Thesaurus controvers.*, dec. VIII, § 8.

Digitized by Google

peut être faite au profit d'une personne *alieni juris* aussi bien qu'au profit d'une personne *sui juris*. Mais il importe, en pareil cas, d'examiner si le donateur a voulu gratifier la personne *alieni juris* elle-même (esclave ou fils de famille) ou celui qui exerce la puissance, car c'est seulement la mort du véritable donataire qui est prise en considération (L. 23, L. 44, h. t.).

On s'est demandé si un *paterfamilias* ne pourrait pas faire une donation à cause de mort au profit de son descendant *alieni juris*. Une pareille donation paraît avoir été permise de bonne heure, pourvu toutefois qu'elle ait lieu au profit d'un descendant qui deviendra *sui juris* à la mort du donateur et que la translation de propriété soit aussi remise à ce moment: la libéralité date alors d'une époque où la puissance paternelle n'existe plus. C'est même peut-être par extension de cette idée qu'on a fini par admettre la validité des donations ordinaires faites par un père à l'enfant placé sous sa puissance. Ces donations ne pouvaient pas être valables, suivant les principes, mais on sait que cependant des constitutions impériales décidèrent qu'elles produiraient leur plein et entier effet à partir de la mort du donateur, si ce dernier était décédé sans avoir manifesté l'intention de révoquer; eh bien ! il est très-probable que ces constitutions s'inspirèrent des règles déjà en vigueur pour les donations à cause de mort, et cette conjecture semble même confirmée par les *Fragmenta Vaticana* (§ 274).

CHAPITRE VI.

DES EFFETS DES DONATIONS A CAUSE DE MORT.

83. Division du sujet.

83. Les donations à cause de mort étant soumises à plusieurs chances de résolution, pour déterminer leurs effets d'une manière nette et précise, il faut se placer successivement à trois points de vue. Nous parlerons d'abord de l'époque pendant laquelle les conditions de la résolution sont encore en suspens. Nous verrons ensuite comment les choses se passent quand ces conditions font défaut, de telle sorte que la donation devient irrévocable. Enfin, l'accomplissement de l'une de ces conditions rend la libéralité caduque; mais cette dernière hypothèse sera réservée pour le chapitre suivant où

Digitized by Google

l'on s'occupera spécialement des causes et des effets de la caducité. Nous nous bornerons donc à parler ici des effets de la donation à cause de mort 1) pendant que la résolution est en suspens, et 2) après l'époque où toute chance de résolution a disparu.

SECTION I. — *Des effets de la donation à cause de mort par* datio.

84. Effets de la donation à cause de mort par *datio, pendente conditione.* — 85. Effets de la donation à cause de mort par *datio* quand elle devient irrévocable. Le donataire devient-il propriétaire avec effet rétroactif? Affirmative. — 86. Conséquences de cette acquisition avec effet rétroactif. — 87. *Quid juris,* si le donataire avait reçu une chose *a non domino?* — 88. *Quid juris,* si la donation à cause de mort portait sur une *res aliena,* et si cette libéralité avait lieu entre époux?

84. Lorsque la donation à cause de mort consiste dans une *datio*, il importe, pour connaître les effets de cette libéralité, de distinguer selon que la translation de propriété a été remise au moment du prédécès du donateur ou qu'elle a été opérée immédiatement. Pas de difficulté dans cette dernière hypothèse : le donataire devenu propriétaire exerce de suite tous les droits attachés à cette qualité, et le prédécès du donateur, qui n'a pas révoqué sa libéralité, lui assure d'une manière définitive cette qualité. Mais, au contraire, il est beaucoup plus délicat de déterminer les effets de la donation à cause de mort, *pendente conditione*, quand la tradition a lieu de telle sorte que la propriété doit être transférée seulement à la mort du donateur. Jusqu'à ce moment, le donateur reste propriétaire (Arg., L. 7, § 3, *De jure dotium*, 23, 2); il conserve l'action en revendication contre tout possesseur ou détenteur de la chose (L. 29, h. t.).

Est-ce à dire qu'il aurait le droit de diriger cette action contre l'*accipiens* lui-même? En règle ordinaire, cette action pourrait être paralysée par une *justa exceptio* (Arg., L. 7, § 3, *in fine*, *De jure dotium*, 23, 2). Mais cette solution ne saurait être admise en notre matière, à cause du droit de révocation du donateur. Il suffirait au donateur d'invoquer ce droit (sous forme de réplique) pour triompher. Toutefois, les choses se passeraient autrement si le donateur avait renoncé au droit de révocation, et rien ne s'opposerait alors, en général, à ce que le donataire repoussât le donateur par l'exception de dol.

Digitized by Google

Mais dans tous les cas, le donataire est, par l'effet même de la tradition, mis en possession de la chose : la tradition, même sous condition, fait de suite acquérir à l'*accipiens* la possession. Cette question est toutefois vivement controversée. Il nous semble qu'il faut d'abord la résoudre d'après l'intention des parties, si l'on peut connaître leur volonté : on conçoit très-bien que le donateur ait entendu se réserver même la possession *ad interdicta* et que le donataire ait accepté la qualité de simple détenteur. Mais, dans le doute, on devra décider que le donataire est devenu possesseur; autrement, la tradition perdrait son utilité principale. En vain voudrait-on argumenter en sens contraire de la loi 38, § 11, *De adq. vel amitt. poss.*, 41, 2; car tout ce qui résulte de ce texte, c'est que la tradition peut être subordonnée à une condition, non-seulement lorsqu'il s'agit d'une translation de propriété, mais même dans les cas où cette tradition a pour but la seule translation de la possession. Ce texte est donc tout à fait étranger à notre question; et si l'on ne peut pas citer en notre sens un texte précis, du moins le § 111 des *Fragmenta Vaticana* fournit un argument très-sérieux à l'appui du système que nous proposons. Ce texte décide que, dans le cas de tradition de la chose d'autrui sous condition, l'*accipiens* ne peut pas usucaper avant l'accomplissement de la condition, parce qu'il n'a pas de *justa causa;* on en conclut qu'il est au moins déjà possesseur, *pendente conditione*, car autrement la question ne se serait pas présentée, ou du moins on expliquerait cette impossibilité de l'usucapion en faisant remarquer précisément que l'*accipiens* n'a pas la possession, condition encore plus importante que la *justa causa* [1].

Les autres effets de la tradition conditionnelle ne se produiront pas avec leur énergie habituelle, à cause du droit de révocation conservé par le *tradens*. Ainsi, en droit commun, cette tradition empêche le *tradens* de disposer de la chose au détriment de la propriété éventuelle de l'*accipiens;* elle lui interdit les actes qui supposent une disposition définitive et

[1] Cpr. en ce sens : Bufnoir, *Théorie de la condition*, p. 390 et suiv. — Jehring, dans le *Richter's Jahrbuch*, 1847, p. 882.— *Contrà :* Sell, *Bedingte Traditionen*, p. 36 et suiv.— Savigny, *Traité de la possession*, § 19, *in fine;* p. 220 de la traduction Staedler.

Digitized by Google

irrévocable de la chose[1]. Mais il ne peut être question de ces effets dans les donations à cause de mort, à moins que le donateur n'ait renoncé à son droit de révocation.

85. Au contraire, une fois la condition dont dépend l'irrévocabilité de la donation accomplie, c'est-à-dire quand le donateur prédécède sans avoir révoqué sa libéralité, la situation change : le donataire devient définitivement propriétaire et son droit de propriété rétroagit même au jour où la donation a été faite. Cette solution est toutefois repoussée par les auteurs les plus récents[2], et M. de Vangerow lui-même, après l'avoir enseignée dans les premières éditions de son *Lehrbuch*, l'a abandonnée. On soutient généralement aujourd'hui que l'accomplissement de la condition n'opère pas dans les translations de propriété, comme dans les contrats, effet rétroactif; mais les considérations que l'on invoque n'ont pu me convaincre. Ainsi, on a surtout insisté sur cette idée que toute condition renferme un terme, un *dies ;* de telle sorte que, quand la condition s'accomplit, l'acte auquel elle a été jointe, doit présenter la physionomie, si l'on peut s'exprimer ainsi, qu'il aurait eue si, au moment où il a été passé, il avait été accompagné d'un terme qui aurait ensuite expiré précisément à l'époque de l'accomplissement de la condition. Or, il n'est pas douteux que, dans une translation de propriété, dans une tradition, si l'on introduit un *dies a quo*, la translation de propriété a lieu seulement à l'arrivée du terme. En un mot, avec cet argument, on est conduit à placer sur la même ligne, sous le rapport de l'époque à laquelle se fait la translation de propriété, la tradition qui a eu lieu avec *dies a quo* et la tradition conditionnelle. Mais n'est-ce pas un peu résoudre la question par la question? Dans tous les cas, s'il est vrai de dire, *in apicibus juris*, que toute condition renferme un terme, reste la question de savoir si les jurisconsultes romains se sont placés à ce point de vue pour résoudre notre difficulté. Nous allons plus loin : nous pensons que ce point de vue est incompatible avec les idées des Romains, du moins à l'époque des jurisconsultes classiques, sur

[1] Cpr. Bufnoir, *op. cit.*, p. 396 et suiv.

[2] Cpr. : Vangerow, *Lehrbuch*, § 95, et les auteurs qu'il cite. — Bufnoir, *op. cit.*, p. 407.

Digitized by Google

les caractères du droit de propriété : si la condition renferme un terme, il en résulte que le *tradens* est jusqu'à l'arrivée de la condition un propriétaire à terme[1]; or, il n'est pas possible d'avoir la propriété *ad tempus*. L'analogie que l'on veut établir ici entre le terme et la condition ne prouve donc rien, parce qu'elle prouve trop.

Quant aux textes cités contre nous, ils sont loin d'être décisifs : ils n'examinent pas notre question; tout ce qui en résulte, c'est que l'accomplissement de la condition rend l'*accipiens* propriétaire (L. 1, pr., *De donationibus*, 39, 5; L. 2, § 5, eod. tit.; L. 2 et 29, *De mortis causa donationibus*, 39, 6; L. 1, § 2, *Pro dote*, 41, 9). Il existe, au contraire, des textes très-précis desquels il résulte que les jurisconsultes romains admettaient l'effet rétroactif de la condition dans les traditions comme dans les contrats. On peut d'abord rappeler la loi 11, § 2, *De donationibus inter virum et uxorem* (24, 1), où le jurisconsulte dit : « *Quando itaque non retro agatur donatio emergunt vitia.* » Nous avons déjà vu quel est le sens de ce texte. Comme dans les donations à cause de mort entre époux, dit le jurisconsulte, l'accomplissement de la condition ne produit pas effet rétroactif, il en résulte des solutions irrégulières. Donc, dans tous les autres cas, l'effet rétroactif serait produit! On ne saurait nier que telle ait été la pensée d'Ulpien, surtout si, au lieu d'isoler ce membre de phrase, on le rapproche de ce qui précède[2]. D'un autre côté, la loi 40, *De mortis causa donationibus* (39, 6) et la loi 11, § 9, *De donationibus inter virum et uxorem* (24, 1) nous montrent bien nettement que l'idée d'un effet rétroactif de la condition dans les translations de propriété n'est pas du tout, comme on l'a soutenu, étrangère aux jurisconsultes romains.

[1] C'est ainsi que, dans le système de nos adversaires, on explique l'extinction des charges réelles consenties par le *tradens*, comme on le verra plus loin.

[2] Nous n'argumentons pas de la loi 8, *De rebus creditis* (12, 1). L'erreur de Sell, qui fonde sa théorie sur ce texte, a été démontrée. Sans doute, dans ce fragment, le jurisconsulte compare la *mutui datio* sous condition et le prêt de deniers légués fait par l'héritier, avant que le légataire ait accepté ou répudié; mais il ne les assimile que sous le rapport de la confirmation du *mutuum* qui est subordonnée à un événement incertain (cpr. Vangerow, *Lehrbuch*, § 95.— Bufnoir, *op. cit.*, p. 410).

Digitized by Google

En définitive, cette solution, qui pose la même règle pour les translations de propriété et pour les contrats, est la plus naturelle, la plus simple, la plus conforme à l'intention présumée des parties.

86. Le donataire devient donc propriétaire irrévocable et avec cet effet rétroactif à partir de la mort du donateur. Ainsi, les charges réelles consenties, *pendente conditione*, par le donateur, tombent, car elles ont été établies *a non domino* (L. 11, § 1, *Quemadm. servit. amitt.*, 8, 6; L. 105, *De conditionibus et demonstrationibus*, 35, 1). Réciproquement, les aliénations et les droits réels consentis, *pendente conditione*, par le donataire, sont considérés comme valables dès l'origine (L. 11, § 9, *De donationibus inter virum et uxorem*, 24, 1).

Dans le système que nous repoussons, pour expliquer l'extinction des charges réelles consenties par le *tradens* on invoque les axiomes : *nemo plus juris in alium transferre potest quam et ipse habet; resoluto jure dantis, resolvitur et jus accipientis;* mais cela revient à dire que, par l'effet de l'accomplissement de la condition, le *tradens* devra être considéré comme n'ayant plus eu, depuis le jour de la tradition, qu'un droit de propriété limité à un certain temps. Or ce résultat, nous l'avons dit, mais nous tenons à insister sur ce point, est tout à fait contraire aux principes des Romains sur la nature et les caractères du droit de propriété : il n'est pas possible, dans l'ancien droit romain, d'avoir une propriété *ad tempus*, et c'est cependant une semblable propriété qu'on est obligé d'attribuer au *tradens*, *pendente conditione*, pour expliquer l'extinction des charges réelles qu'il a consenties.

87. On prévoit, par ce qui précède, la solution que nous donnerons à la question de savoir comment les choses se passeront, au point de vue de l'usucapion, lorsque le donataire aura reçu *mortis causa* un objet dont le donateur n'était pas propriétaire. L'intention du donateur a été de transférer immédiatement au donataire la propriété; celui-ci pourra usucaper dès sa prise de possession, sauf à retransférer la propriété au donateur et à faire ainsi profiter ce dernier de l'usucapion accomplie dans le cas où la donation deviendrait caduque. Mais il peut se faire que, dans l'intention des parties, l'époque de la translation de propriété soit celle du décès du donateur. Il est bien certain qu'alors, *pendente conditione*,

Digitized by Google

l'usucapion ne peut pas s'accomplir au profit du donataire, même en admettant que sa possession ait duré au delà du temps exigé pour l'usucapion. Le donataire ne saurait, *pendente conditione*, devenir propriétaire par usucapion, alors qu'il ne le serait même pas par tradition s'il avait acquis la chose du véritable propriétaire (cpr. L. 8, *De periculo et commodo rei venditæ*, 18, 6; L. 1, § 2, *Pro dote*, 41, 9; *Frag. Vat.*, § 111).

Mais la solution devient fort délicate lorsque la condition s'accomplit; on se demande si la condition produit effet rétroactif sous le rapport de l'usucapion, de telle sorte que le donataire serait considéré comme possédant *ad usucapionem* depuis le jour de la tradition, et que la propriété serait même acquise de suite, si, au moment de l'accomplissement de la condition, il pouvait invoquer une possession suffisante. La négative n'est pas douteuse dans le système de ceux qui refusent la possession à l'*accipiens*, *pendente conditione*. L'effet rétroactif ne peut s'appliquer à la possession, *res facti*, et la possession commence seulement à partir de l'accomplissement de la condition. Mais il y a plus : certains auteurs, tout en reconnaissant que, *pendente conditione*, l'*accipiens* possède, enseignent aussi que l'usucapion commence à courir du jour de l'accomplissement de la condition[1]; jusqu'à cette époque l'*accipiens* possède seulement *ad interdicta*. On dit à l'appui de cette opinion que, la condition ne produisant pas effet rétroactif dans les actes translatifs de propriété, l'*accipiens* ne peut pas usucaper avant le moment où il a dû compter qu'il deviendrait propriétaire. « Qu'on y songe d'ailleurs, dit M. Bufnoir, dans son *Etude* si remarquable *sur la théorie de la condition*, en admettant le contraire, on pourrait arriver à ce singulier résultat que si la condition demeurait longtemps en suspens, l'*accipiens* se trouverait avoir parfait l'usucapion à une époque où il n'aurait pas pu songer à devenir propriétaire du chef du *tradens*. »

Nous ne nous arrêterons pourtant pas à cette solution. Dans notre opinion, comme on l'a vu, l'accomplissement de la condition produit effet rétroactif aussi bien dans les actes translatifs de propriété que dans les contrats; nous en con-

[1] Cpr. Bufnoir, *op. cit.*, p. 422.

Digitized by Google

cluons que l'*accipiens* possède *ad usucapionem* déjà pendant que la condition est encore en suspens. Si l'*accipiens* avait reçu la chose du véritable propriétaire, il aurait, par l'arrivée de la condition, une propriété remontant au jour de la tradition. Il est juste et conforme aux principes que le même résultat se produise lorsqu'il peut invoquer l'usucapion : il possède depuis le moment de la tradition; à partir de la même époque, il a cru qu'il avait acquis la chose du véritable propriétaire, et qu'il serait lui-même rétroactivement propriétaire; enfin, par l'effet rétroactif de la condition accomplie, sa *justa causa* remonte aussi au jour où il a reçu la chose; donc, toutes les conditions de l'usucapion se trouvant réunies à partir de cette époque, il est juste qu'il puisse de suite posséder *ad usucapionem*.

Est-ce à dire que si le temps nécessaire à l'usucapion expire avant l'accomplissement de la condition, l'*accipens* sera de suite, *pendente conditione*, propriétaire alors cependant qu'il n'aurait pas cette qualité, s'il tenait la chose du véritable propriétaire? Nous répondrons à cette objection : on appliquera, *pendente conditione*, les mêmes règles qu'au cas de tradition *a domino*. La condition étant encore en suspens, on ne peut pas dire, malgré la réunion de toutes les conditions prescrites pour l'accomplissement de l'usucapion, que l'*accipiens* soit devenu propriétaire. Il faut attendre : si la condition s'accomplit, alors, mais alors seulement, l'*accipiens* sera propriétaire avec effet rétroactif.

C'est précisément en ce sens qu'il faut entendre la règle : *pendente conditione, usucapio procedere non potest.*

La question que nous venons d'examiner n'est pas directement traitée par les textes. Ils disent, sans doute, que tant que la condition est en suspens, l'*accipiens* ne peut pas devenir propriétaire par usucapion (L. 8, *De periculo et commodo rei venditæ*, 18, 6; L. 4, pr., *De in diem addictione*, 18, 2; L. 1, § 2, *Pro dote*, 41, 9; *Frag. Vat.*, § 111), pas plus qu'il ne pourrait l'être par tradition; mais ils n'ajoutent pas qu'une fois la condition accomplie, il faut, au point de vue de l'usucapion, refuser tout effet rétroactif à la condition. On a prétendu, il est vrai, que deux textes renferment cette dernière solution, et viennent ainsi contredire notre opinion; mais il suffit de les lire pour se convaincre qu'ils se placent à l'épo-

Digitized by Google

que où la condition est encore en suspens et disent seulement que, *pendente conditione*, l'*accipiens* ne peut pas devenir propriétaire par usucapion (*Frag. Va;.*, § 111; L. 2, § 2, *Pro emptore*, 41, 4[1]). Si nous objections aux partisans de l'opinion contraire deux textes de notre titre (L. 13, pr.; L. 33, *De mortis causa donationibus*, 39, 6), où les jurisconsultes Julien et Paul supposent une usucapion accomplie, *pendente conditione*, au profit du donataire, ils nous répondraient avec raison que, dans ces textes, il s'agit d'une donation où, d'après l'intention des parties, la propriété devait être de suite transférée au donataire. Aussi n'en tirons-nous aucun argument.

Quant à l'utilité pratique de la question de savoir si, *pendente conditione*, l'*accipiens*, le donataire dans notre hypothèse, possède *ad usucapionem*, elle est fort importante. Il peut se faire que le *tradens* ne soit pas *in causa usucapiendi*, par exemple, à raison de sa mauvaise foi au commencement de sa possession; en pareil cas, tout le temps qui s'écoule entre la tradition et l'arrivée de la condition est perdu pour l'usucapion, dans le système de nos adversaires; pour nous, au contraire, il profite à l'*accipiens*, à ce point que, s'il est suffisant pour l'accomplissement de l'usucapion, l'*accipiens* deviendra de suite propriétaire, dès l'arrivée de la condition.

Si le *tradens*, le donateur dans notre hypothèse, était *in causa usucapiendi*, alors c'est lui qui, dans le système que nous combattons, continue *pendente conditione* à posséder *ad usucapionem;* mais, comme l'*accipiens* aura plus tard, à l'accomplissement de la condition, le droit de joindre sa possession à celle de son auteur, le résultat pratique sera le même dans les deux systèmes : la possession, continuée pendant que la condition était en suspens, aura profité au donataire. Cependant, il peut être utile, même lorsque le donateur était précédemment *in causa usucapiendi*, de savoir si, *pendente conditione*, la possession *ad usucapionem* a continué pour lui ou a commencé pour le donataire : c'est dans le cas où ce dernier ne serait plus de bonne foi au moment de l'arrivée

[1] Ce dernier texte porte littéralement : « Si sub conditione emptio facta sit, *pendente conditione*, emptor non usucapit. »

Digitized by Google

de la condition. Repousse-t-on la rétroactivité, il faut décider que, dans ce cas, le donataire (et d'une manière plus générale, l'*accipiens*) ne pourra pas usucaper; admet-on la rétroactivité, il pourra usucaper, car c'est lui qui a possédé *ad usucapionem* dès le moment de la tradition, et à cette époque il était de bonne foi; peu importe qu'il soit devenu plus tard de mauvaise foi; *mala fides superveniens non nocet.*

88. Si la donation à cause de mort d'une *res aliena* avait été faite entre époux, faudrait-il, pour résoudre la question de savoir comment s'accomplirait l'usucapion, appliquer les principes spéciaux à ces donations? Nous savons que, dans le cas où l'époux donateur était propriétaire, le donataire acquiert la propriété à l'arrivée de la condition, et, le plus souvent, sans effet rétroactif; cependant, par exception, dans certains cas, l'acquisition de la propriété a lieu avec effet rétroactif, lorsqu'il résulte de la volonté des parties que le donataire serait de suite devenu propriétaire, si la libéralité avait eu lieu entre étrangers. Faut-il reproduire ici cette même distinction et dire : Si l'on se trouve dans l'un des cas les plus fréquents, l'usucapion ne commencera au profit de l'époux donataire qu'à l'arrivée de la condition, car s'il avait acquis la chose du véritable propriétaire, c'est aussi à partir de cette époque seulement qu'il aurait eu la propriété; se trouve-t-on, au contraire, dans l'un des cas exceptionnels où l'époux donataire serait devenu propriétaire avec effet rétroactif, s'il avait acquis la chose *a domino*, alors on doit aussi décider que l'usucapion a commencé au profit de cet époux, du jour même de la tradition ?

Cette solution, adoptée par certains auteurs[1], nous paraît contredite par un texte formel.

Terentius Clemens, L. 25, *De donat. inter virum et uxorem*, 24, 1 : « Sed « et si constante matrimonio res aliena uxori a marito donata fuerit, di- « cendum est, *confestim* ad usucapionem ejus uxorem admitti, quia et si « non mortis causa donaverat ei, non impediretur usucapio; nam jus con- « stitutum ad eas donationes pertinet, ex quibus et locupletior mulier, et « pauperior maritus in suis rebus fit. Itaque licet mortis causa donatio in- « terveniat, quasi inter extraneas personas fieri intelligenda est in ea re, « quæ, quia aliena est, usucapi potest. »

Il résulte nettement de ce fragment que la donation à

[1] Cpr. Bufnoir, *Théorie de la condition*, p. 430.

Digitized by Google

cause de mort entre époux d'une chose appartenant à autrui est soumise aux mêmes principes que si elle avait eu lieu *inter extraneas personas*. Quel que soit le système que l'on adopte sur la rétroactivité de la condition, il faut, pour les donations entre époux, rejeter toute distinction, et décider que l'usucapion commence de suite.

Dans notre texte, Terentius Clemens enseigne que quand un mari a fait, pendant le mariage, à sa femme donation *mortis causa* d'une chose appartenant à autrui, l'usucapion commence de suite, *confestim*, dès le moment de la tradition; il ajoute même qu'il en serait encore ainsi dans le cas de donation entre-vifs, malgré la prohibition de cette libéralité, et il donne pour raison de cette solution que cette prohibition suppose une donation qui enrichit l'époux donataire et appauvrit l'époux donateur *in suis rebus*. Or, une donation portant sur la chose d'autrui n'appauvrit pas, en ce sens, le donateur. Telle est aussi l'explication que reproduisent les Basiliques (trad. Heimbach) : « Sive mortis causa, sive simpliciter « uxori meæ rem alienam donavero, eam usucapit : tunc « enim impeditur donatio, quum locupletior fit, qui accipit, « et in suis rebus fit pauperior qui donavit. » (Lib. XXX, tit. I, l. 25.)

On pourrait être tenté de tirer de ce texte un argument en faveur de notre solution sur la question de savoir si l'arrivée de la condition suspensive produit effet à l'égard de l'usucapion. On dirait : les donations à cause de mort ont toujours lieu sous condition suspensive ; et, quand la libéralité porte sur la chose d'autrui, l'usucapion est admise *pendente conditione;* or, le jurisconsulte nous dit qu'en pareil cas, on applique le principe des donations entre étrangers. Donc, même entre étrangers, lorsque la tradition a lieu sous condition, la possession *ad usucapionem* est possible, *pendente conditione*, au profit du donataire. Cependant, cet argument ne nous paraît pas satisfaisant. Il s'agit dans notre texte d'une solution tout à fait spéciale aux libéralités entre époux. Ce qui le prouve bien, c'est que le jurisconsulte suppose que l'usucapion peut s'accomplir *pendente conditione* et qu'alors le donataire sera immédiatement propriétaire. Or, nous avons vu qu'en règle ordinaire, ce résultat ne peut se présenter dans le cas de tradition conditionnelle : le donataire ne sau-

Digitized by Google

rait pas plus devenir propriétaire, *pendente conditione*, en vertu de l'usucapion, qu'il ne le serait devenu par la tradition dans le cas où le donateur aurait été propriétaire.

SECTION II. — *Effets des donations à cause de mort par stipulation.*

89. Du cas où la donation à cause de mort par stipulation a eu lieu dans la forme des stipulations sous condition. — 90. Effets de cette donation, *pendente conditione*. — 91. Effets de cette donation si le donateur prédécède. — 92. Du cas où on n'a pas inséré de condition dans la stipulation relative à la donation.

89. Nous avons supposé jusqu'à présent qu'il s'agissait d'une donation à cause de mort par translation de propriété. La donation à cause de mort par stipulation nous arrêtera moins longtemps. Pour en déterminer les effets, il faut voir si les parties ont fait la stipulation dans la forme des stipulations conditionnelles ou dans celle des stipulations pures et simples.

90. Pour le premier cas, il n'est pas douteux qu'on applique les principes des stipulations sous condition. Ainsi, le donataire ne saurait intenter aucune action, car *interim nihil debetur* (L. 13, § 5, *De pignoribus et hypothecis*, 20, 1), et si le donateur avait payé, il pourrait intenter la *condictio indebiti* (L. 17, 18, 44, 56, *De condictione indebiti*, 12, 6). D'ailleurs, il existe un lien entre les deux parties, et des garanties spéciales peuvent même être accordées au donataire (Arg., L. 13, § 5, *De pignoribus et hyp.*, 20, 1); mais le lien est encore plus fragile que dans les obligations conditionnelles ordinaires, à cause du droit de révocation du donateur. Si celui-ci avait renoncé à ce droit, alors on appliquerait les principes du droit commun : le donateur ne pourrait plus se délier par sa seule volonté, et il faudrait attendre l'accomplissement de la condition (L. 42, pr., *De verb. oblig.*, 45, 1; Const. 5, *De oblig. et act.*, 4, 10). Mais s'il avait conservé son droit de révocation, il pourrait l'exercer, *pendente conditione*, en intentant contre le donataire la *condictio ex pœnitentia*, par laquelle il le forcerait à faire *acceptilatio*. On sait, en effet, que même les obligations conditionnelles sont susceptibles de s'éteindre par *acceptilatio*, en ce sens que : « *sub conditione debitori si acceptum feratur, postea, conditione existente, intel-*

Digitized by Google

« *ligitur jam olim liberatus.* » (L. 16, *De solutionibus*, 46, 3.)

91. Si la condition se réalise, si le donataire survit au donateur, l'accomplissement de la donation a pour effet de faire considérer l'obligation comme ayant été, dès l'origine, pure et simple (arg., L. 11, § 1, *Qui potiores in pignore*, 20, 4; L. 8, pr., *De periculo et commodo rei venditæ*, 18, 6). On applique ces principes à la donation à cause de mort, et, soit dit en passant, sous ce rapport, cette libéralité diffère du legs où la condition accomplie ne rétroagit pas (L. 42, pr., *De oblig. et act.*, 44, 7)[1].

92. Mais la donation à cause de mort peut aussi se faire, comme nous l'avons dit, dans une stipulation où l'on n'insère pas de condition : cela résulte de la loi 76, *De jure dotium*, 23, 3, et, comme nous avons vu, en expliquant cette loi, quels sont les effets, en pareil cas, de la donation à cause de mort, nous n'y reviendrons pas.

Section III. — *Effets des donations à cause de mort* liberando.

93. Effets de l'*acceptilatio*, soit au moment même où elle a lieu, soit l'époque où se réalise une des causes de résolution.

93. Quant aux effets de la donation à cause de mort sous forme d'*acceptilatio*, ils sont faciles à déterminer : l'*acceptilatio*, même faite comme donation à cause de mort, est toujours et nécessairement pure et simple, car on la classe parmi les actes légitimes (L. 77, *De diversis regulis juris*, 50, 17). Elle opère donc de suite libération du débiteur, et le donateur ne pourrait plus, même s'il voulait user de son droit de révocation, intenter l'action de son ancienne créance : il devrait recourir à la *condictio* pour contraindre le donataire à lui constituer une nouvelle créance semblable à la précédente. Si le donateur prédécédait, le bénéfice de l'*acceptilatio* serait définitivement acquis au donataire. Pour le cas où la donation serait caduque, nous verrons comment les choses se passeraient, après avoir étudié les causes de caducité des donations à cause de mort.

[1] Quant à l'hypothèse où la condition fait défaut, nous l'étudierons en parlant de la caducité des donations à cause de mort.

Digitized by Google

CHAPITRE VII.

DE LA CADUCITÉ DES DONATIONS A CAUSE DE MORT.

94. Divisions de ce chapitre.

94. Nous nous occuperons d'abord des causes de caducité des donations à cause de mort; ensuite, des effets de cette caducité.

SECTION Ire. — *Des différentes causes de caducité des donations à cause de mort.*

95. Première cause : le prédécès du donataire.— 96. Seconde cause : le donateur échappe au danger en vue duquel la libéralité avait été faite. — 97. Troisième cause : la *maxima* ou la *media capitis deminutio* du donateur. — 98. Quatrième cause : la révocation du donateur. Le donateur peut-il renoncer à son droit de révocation? La libéralité devient-elle en pareil cas donation entre-vifs? — 99. Comment le donateur à cause de mort peut-il révoquer sa libéralité? — 100. Quelles sont les actions que garantit le droit de révocation? — 101. Dans le cas où le donateur à cause de mort a renoncé au droit de révocation *ad nutum*, la donation à cause de mort ne reste-t-elle cependant pas soumise au droit de révocation pour les causes qui permettent la révocation d'une donation entre-vifs? — 102. Autres causes de caducité des donations à cause de mort et qui résultent des principes généraux.

95. Les causes de caducité des donations à cause de mort, sont :

1) Le prédécès du donataire (L. 26; L. 35, § 2, *De mortis causa donat.*, 39, 6).

Nous n'insisterons pas sur cette première cause de caducité : les explications déjà données à cet égard, à propos des caractères des donations à cause de mort, nous dispensent de tout développement. Nous avons vu qu'on ne saurait écarter cette cause de caducité; nous savons aussi comment les choses se passent lorsque cette libéralité est faite à une personne *alieni juris*; enfin, on se rappelle la question de savoir si une pareille libéralité peut être caduque, non plus par le prédécès du donataire, mais par celui d'un tiers. Un seul point reste à examiner : les anciens romanistes se demandent si le prédécès du donataire entraîne caducité de la donation, quand le donateur dit que la libéralité est faite au profit de Titius et de ses héritiers. La question ainsi posée est mal présentée : aussi ne faut-il pas s'étonner des erreurs dans lesquelles on est tombé [1]. D'après Wissembach, Richter

[1] Cpr. Voët, h. t., ns. 7.— Lauterbach, *Colleg. theor. pract.*, ns. 41, h. t.

Digitized by Google

et Voët, en pareil cas, le bénéfice de la donation se transmet aux héritiers du donataire. Cette opinion ne tient aucun compte du caractère essentiel de toute donation à cause de mort.—Dans un second système, enseigné par Grotius, Brunneman, Lauterbach, on dit qu'en pareil cas le donateur a fait en réalité deux donations à cause de mort parfaitement distinctes : l'une à Titius; l'autre aux héritiers de Titius, seulement la seconde est subordonnée à la caducité de la première; si Titius vient à mourir avant le donateur, ses héritiers profitent de leur donation propre, mais n'acquièrent pas celle de Titius par transmission. Cette solution pourrait peut-être s'expliquer dans une législation où la donation à cause de mort n'exigerait qu'une manifestation quelconque de volonté de la part du donateur : mais elle ne se comprend pas en droit romain où les donations étaient soumises à certaines formes. Pour qu'au moment même où le donateur gratifiait Titius *mortis causa*, il y eut également donation à cause de mort au profit des héritiers de Titius, il aurait fallu que le donateur eut fait aussi à ces derniers, soit une translation de propriété, soit une promesse par stipulation! Or, cela était absolument impossible.

On ne peut même pas considérer cette donation faite à Titius comme contenant, en même temps, un fidéicommis au profit des héritiers de Titius, car, au moment où la donation a lieu, ces héritiers sont encore des personnes incertaines, et les fidéicommis, d'abord permis au profit de ces personnes, furent formellement prohibés par un sénatus-consulte rendu sur la proposition d'Adrien et qui assimilait, sous ce rapport, les fidéicommis aux legs et aux institutions d'héritiers [1].

Vaut-il mieux admettre, avec Carpsow et Dumoulin, qu'en pareil cas, l'intention du donateur de renoncer à la caducité produite par le prédécès du donataire n'étant pas douteuse, la donation, nulle comme libéralité à cause de mort, est valable comme donation entre-vifs? Cette solution ne présente aucune difficulté lorsque la volonté du donateur est certaine; mais il nous paraît impossible de l'admettre si le donateur a entendu faire une donation à cause de mort.

[1] Cpr. § 36, J., *Legatis*, 2, 20.

Digitized by Google

Il ne faudrait pas conclure de ce qui précède, qu'il soit absolument impossible de faire, en droit romain, deux donations à cause de mort, de telle sorte que la seconde produirait effet seulement à défaut de la première. Ainsi, on peut promettre par stipulation cent à Primus *mortis causa*, et, par une seconde stipulation sous condition, s'engager à donner la même somme à Secundus, si la donation de Primus tombe par son prédécès. La question devient plus délicate lorsque la donation revêt la forme d'une *datio*. Il est impossible de faire, en même temps, *mancipatio* ou tradition de la même chose à Primus, et à Secundus pour le cas où Primus ne pourrait acquérir; la *mancipatio* ne peut, en effet, se faire sous condition, et la tradition suppose une remise matérielle de la chose; or il est impossible de faire à Secundus tradition d'une chose que l'on a déjà remise à Primus.

Toutefois, les jurisconsultes romains avaient trouvé le moyen de tourner la difficulté d'une manière indirecte. Quand un donateur voulait faire profiter Secundus de la libéralité faite à Primus, pour le cas où la donation à cause de mort de ce dernier serait caduque, on recourait à une stipulation. Primus promettait à Secundus de lui retransférer la propriété des choses données si la donation, dont il devait profiter, devenait caduque.

Ulpien, L. 10, *De mortis causa donationibus*, 39, 6 : « Ei, cui mortis « causa donatum est, posse substitui constat in hunc modum, ut promittat « alicui, si ipse capere non possit, vel sub alia conditione. »

L'interprétation que nous venons de donner de ce texte est confirmée par les scholies des Basiliques : « Possumus, « dit le scholiaste (trad. de l'édition Heimbach) etiam ei, qui « mortis causa donationem capit, substitutum dare in hunc « modum, ut is, qui donationem accipit, alii eam restituere « promittat, si ipse donationem capere non possit et vide- « tur qui donavit (ajoute Anonyme) secundo donare per pri- « mum. » (Lib. 47, tit. 3, l. 10, sch. g.)

96. La donation à cause de mort est encore caduque :

2) Lorsqu'elle a été faite en vue d'un péril déterminé et que le donateur échappe au danger (L. 19, L. 24, L. 35, § 3, L. 39, *De mortis causa donat.*, 39, 6; — § 1, J., *De donat.*, 2, 7; — Paul, *Sent.*, III, 7, § 1 et 2). Nous savons que si le cas d'une

Digitized by Google

donation à cause de mort en vue d'un péril est le plus fréquent, cependant cette libéralité peut être faite en dehors de tout danger, et alors cette cause de caducité disparaît.

97. 3) Lorsque le donateur subit *maxima ou media capitis deminutio* (L. 7, *De mortis causa donat.*, 39, 6.). Nous avons vu que pour le cas de déportation, la donation à cause de mort entre époux ne serait pourtant pas caduque.

98. 4) Par la révocation du donateur (L. 15, L. 16, L. 30, *De mortis causa donat.*, 39, 6; § 1, J., *De donat.*, 2, 7; Paul *Sent.* III, 7, § 2). Le droit de révocation est de la nature, et non de l'essence, de la donation à cause de mort. Il résulte de là que le donateur jouit, en principe, du droit de révocation mais qu'il peut renoncer à ce droit sans que la libéralité perde le caractère de donation à cause de mort. C'est toutefois le moment de nous arrêter maintenant à cette question qui a soulevé quelque difficulté. Déjà parmi les anciens romanistes, Cujas, Doneau, Covarruvias, Antoine Faber enseignaient que le donateur à cause de mort peut renoncer à son droit de révocation[1]; mais d'autres, au contraire, et par exemple, Voët parmi les anciens, Mackeldey et Schweppe de nos jours, en Allemagne, ont soutenu que le droit de révocation est de l'essence de la donation à cause de mort et que dans les cas où ce droit a été écarté par une clause formelle, on se trouve en présence, non plus d'une donation à cause de mort véritable, mais d'une donation entre-vifs soumise à une condition spéciale[2]. M. Pellat est venu donner à cette dernière opinion tout le poids de son autorité [3].

Nous préférons cependant l'opinion contraire: même dans le cas où le donateur a renoncé à son droit de révocation, la libéralité reste une donation à cause de mort. Cela résulte nettement des lois 13, § 1 et 35, § 4, *De mortis causa donat.*, 39, 6; et s'il restait le moindre doute, il devrait disparaître devant la novelle 87 de Justinien. Nous avons déjà rencontré cette novelle. Dans cette constitution, l'empereur nous dit

[1] Cujas, sur le tit. 56, liv. 8 du Code. Ed. de Naples, t. IX, col. 1355. — Doneau, *Com. juris civilis*, lib. 14, cap. 33, nr. 9. — Ant. Faber, dec. 45, err 1.

[2] Voët, ad Pand., 39, 6, 1. — Mackeldey, *Lehrbuch*, § 511. — Schweppe, *op. cit.* § 843.

[3] *Textes choisis des Pandectes*, 2e éd., p. 155.

Digitized by Google

qu'il a rapporté au livre 39 du Digeste, l'opinion suivant laquelle on peut convenir, dans une donation à cause de mort, que le donateur renoncera au droit de révocation, mais il ajoute que, comme cette renonciation avait donné lieu à des fraudes de la part des curiaux, ceux-ci, par exception, n'auront plus le droit de l'introduire dans les libéralités de cette nature qu'ils pourront faire à l'avenir [1].

On invoque contre nous un seul texte, la loi 42, § 1, *De donat. mortis causa*, 39, 6; mais il ne nous paraît pas contraire à notre doctrine.

Papinien, L. 42, § 1, *De mortis causa donat.*, 39, 6 : « Cum pater, in extremis vitæ constitutus, emancipato filio, quædam sine ulla conditione « redhibendi donasset, ac fratres et cohæredes ejus bonis contribui donationes, Falcidiæ causa, vellent, jus antiquum servandum esse respondi; « non enim ad alia constitutionem pertinere quam quæ lege certa donarentur, et morte insecuta quodam modo bonis auferrentur, spe retinendi « perempta; eum autem, qui absolute donaret, non tam mortis causa « quam morientem donare. »

Dans l'hypothèse de ce texte, un père, à son lit de mort, fait une donation à son fils émancipé. La donation a lieu, sans doute, à l'occasion de la mort, mais comme le père a donné d'une manière absolue, c'est-à-dire sans chance de révocation, même pour le cas où il échapperait au danger ou survivrait à son fils, le jurisconsulte décide que la donation est entre-vifs. La question était importante, car une constitution de l'empereur Septime Sévère avait étendu le principe de la quarte Falcidie aux donations à cause de mort (Const. 5; *ad leg. Falc.*, 6. 60). Si la donation avait été à cause de mort dans notre hypothèse, le fils émancipé, venant en concours à la succession de son père avec ses frères et sœurs restés en puissance (*hæredes sui*), par la *bonorum possessio unde liberi*, aurait été soumis à la réduction autorisée par la loi Falcidie. C'est ce que soutenaient les frères et sœurs, héritiers siens;

[1] Cette interprétation de la novelle 87 n'est pas en contradiction avec ce que nous disons plus loin. Tout ce qui résulte pour nous de cette novelle, c'est que Justinien a entendu reproduire au Digeste l'opinion de ceux qui autorisaient le donateur à renoncer à son droit de révocation. Il se trouve qu'au Digeste les textes relatifs à cette question ont été extraits des écrits de Julien; mais nous ne pensons pas, comme on le verra à la fin de ce travail, que le Julien dont parle Justinien dans la novelle 87 soit le jurisconsulte de l'époque classique.

Digitized by Google

mais Papinien déclara leur prétention mal fondée et décida qu'il fallait appliquer le *jus antiquum*, les principes antérieurs à la Constitution de Septime Sévère, c'est-à-dire, d'une manière plus précise, écarter la quarte Falcidie, par la raison que le défunt avait fait à sa mort une donation ordinaire : « Eum autem qui absolute donaret, non tam mortis « causa quam morientem donare. »

Il s'agissait donc, dans l'hypothèse de ce texte, d'une donation faite sans aucune restriction : cette libéralité ne serait pas tombée même dans le cas où le père aurait échappé à la mort ou survécu à son fils. On conçoit dès lors que le jurisconsulte ait déclaré que cette libéralité était entre-vifs, sans contredire pour cela notre opinion.

D'ailleurs, l'opinion suivant laquelle le donateur peut renoncer au droit de révocation, sans altérer les caractères de la donation à cause de mort, est encore dominante aujourd'hui[1].

99. Le donateur à cause de mort peut révoquer sa libéralité, soit d'une manière expresse, soit d'une manière tacite. La révocation expresse est celle que le donateur fait verbalement ou par écrit (L. 22, pr., *De legatis*, 2°). Cette révocation pourrait se trouver même dans un testament; mais nous pensons que, quand le testateur dit seulement qu'il révoque les legs, il ne faut pas étendre cette révocation aux donations à cause de mort.

La révocation expresse des donations à cause de mort ne paraît pas avoir été soumise, dans l'ancien droit, comme celle des legs, à une formule sacramentelle[2]. Mais c'est une question controversée, surtout parmi les anciens romanistes, que celle de savoir si la révocation expresse doit se faire en présence de cinq témoins depuis la Const. ult., h. t. Il nous semble toutefois, à raison même du silence de la constitution sur ce point, que cette présence de cinq témoins ne saurait être exigée[3].

[1] Voy. en ce sens: Muller, *op. cit.*, § 34 et 35.—Machelard, *Dissertation sur l'accroissement*, p. 249. — Demangeat, *Cours élémentaire de droit romain*, p. 575.— Savigny, *Traité de droit romain*, § 170, t. IV, p. 245 de la traduction Guénoux.

[2] Voy., pour les legs, Gaius, II, § 198.

[3] Voy. cette question dans Lauterbach, *Coll. theor. pract.*, h. t., ns. 27.

Digitized by Google

Quant à la révocation tacite, elle résulte de tout acte qui implique, de la part du donateur, la volonté de retirer au donataire le bénéfice de la libéralité : on peut appliquer ici, par analogie, les règles que les jurisconsultes romains nous donnent sur la révocation tacite des legs. Ainsi, la révocation des legs peut être pure et simple ou sous condition. Le fait du donateur d'aliéner la chose donnée *mortis causa*, dans les cas où la donation s'est faite sans translation immédiate de propriété implique, en général, dans l'ancien droit, la volonté de révoquer la libéralité (Arg. Gaius. II, 198). Cependant, d'après une doctrine moins absolue, qui a définitivement triomphé sous Justinien (§ 12, *De legatis*, J., 2, 20), l'aliénation n'emporte pas nécessairement révocation tacite. Il faut voir dans quelles circonstances elle intervient. Si le donateur a aliéné, parce qu'il y était contraint, la donation n'est pas révoquée; au contraire, il y a révocation tacite, lorsque le donateur a aliéné de son plein gré (Arg., L. 11, § 1 et 2, *De legatis*, 3°; L. 18, L. 24, § 1, *De adimendis legatis*, 34, 4; L. 37, pr., *De mortis causa donat.*, 39, 6; Const. 22, *De donat. int. vir. et uxor.*, 5, 16); cette révocation produirait son effet, malgré la nullité de l'aliénation (L. 24, § 1, *De adimendis legatis*, 34, 4) et même dans le cas où le donateur viendrait à recouvrer la chose dans la suite (L. 15, *De adimendis legatis*, 34, 4). Peu importe, d'ailleurs, que cette aliénation résulte d'une donation entre-vifs ou d'une nouvelle donation à cause de mort. Ainsi, une donation à cause de mort est révoquée, si la même chose est l'objet d'une autre donation à cause de mort ou d'un legs (Const. 1, h. t.; L. 15, *De adimendis legatis*, 34, 4; L. 77, *De legatis*, 2°; L. 11, *in fine*, *De dote prælegata*, 33, 4).

Il peut se faire que le donateur ait aliéné seulement une partie de la chose, et, en pareil cas, la donation à cause de mort continue à être valable pour le surplus; toutefois, si des charges avaient été imposées au donataire comme condition de la donation, elles seraient diminuées dans la même proportion (Ubi scinditur conditio, ibi scinditur et onus conditionis implendæ).

Il est bien évident que la donation à cause de mort ne se trouve pas révoquée par le fait du donateur d'instituer plus tard un héritier (Arg., L. 15, *De peculio legato*, 33, 8; L. 99,

Digitized by Google

§ 3, *De legatis*, 3°; L. 80, *De re judicata*, 42, 1), à moins que le contraire ne résulte nettement du testament (Arg., L. 15, L. 22, *De donationibus inter virum et uxorem*, 24, 1).

Au contraire, il y a révocation tacite, lorsqu'il survient une inimitié grave entre le donateur et le donataire (Arg., L. 3, *in fine*, *De adimendis legatis*, 34, 4; L. 37, pr., h. t.); de même, si le donateur maudit le donataire (L. 9, § 1 et 14, *De adimendis legatis*, 34, 4).

Il va de soi que le droit de révocation n'appartient qu'au donateur et ne se transmet pas à ses héritiers; ceux-ci pourraient toutefois faire tomber la donation à cause de mort en prouvant que le défunt avait eu avant sa mort l'intention d'user du droit de révocation et que sa volonté ne s'était point modifiée à cet égard.

100. Quant à la sanction du droit de révocation, ou pour mieux dire aux actions qui en assurent l'exercice, ce sont la revendication ou la *condictio ex pœnitentia*, mais non l'action *præscriptis verbis*. Ainsi, par exemple, dans l'ancien droit, dans le cas de donation d'une *res*, le donateur intentait l'action en revendication s'il était resté propriétaire, et une *condictio ex pœnitentia*, dans le cas contraire; à partir de l'époque où l'on admit une retranslation de propriété *ipso jure*, par le seul effet de l'accomplissement de la condition résolutoire, on autorisa aussi le donateur à intenter l'action en revendication comme sanction de son droit de révocation, même dans le cas où il avait transféré la propriété de la chose au donataire.

Ulpien, L. 30, *De mortis causa donationibus*, 39, 6 : « Qui mortis causa « donavit, ipse ex pœnitentia condictionem vel utilem actionem habet. »

M. de Savigny prétend qu'en parlant d'une *utilis actio* le jurisconsulte a en vue l'action *præscriptis verbis*[1]; mais c'est une erreur évidente. Il s'agit, sans aucun doute, de l'action en revendication que le jurisconsulte appelle action utile, précisément parce qu'il étend l'action en revendication à une hypothèse dont elle avait été jusqu'alors écartée.

Ajoutons que si le donateur veut gratifier un second do-

[1] T. IV, p. 259, § 171, note 5. — C'est aussi l'opinion de Keller, *Pandecten*, § 69, note 19.

Digitized by Google

nataire au détriment du premier, il peut le faire en cédant ses actions à ce second donataire qui agira alors contre le premier comme *procurator in rem suam*,

101. On sait que les donations entre vifs, en principe irrévocables (§ 2, *De donat.*, J., 2, 7), peuvent cependant, par exception, être révoquées pour cause d'ingratitude, et, dans le cas spécial où la libéralité a été faite par un patron à son affranchi, pour survenance d'enfant[1]. Il ne saurait être question d'appliquer ces principes aux donations à cause de mort, toutes les fois que le donataire a conservé le droit de revenir sur sa libéralité; mais il nous semble, malgré l'absence de tout texte sur ce point, que, quand le donateur a renoncé à son droit de révocation *ad nutum*, il y a lieu alors d'appliquer aux donations à cause de mort, les causes de révocation des donations entre-vifs. Le donateur ne pourrait même pas, ni dans une donation entre-vifs, ni dans une donation à cause de mort, renoncer à ce droit de révocation pour cause d'ingratitude; une pareille convention devrait être considérée comme non avenue, car elle reposerait sur une *turpis causa;* il est immoral d'affranchir l'ingratitude d'une peine prononcée par la loi (Arg., L. 27, § 4, *De pactis*, 2, 14; L. 1, § 7, *Depositi*, 16, 3; L. 33, *De regulis juris*, 50, 17)[2].

102. Telles sont les causes de caducité propres aux donations à cause de mort. Il est évident que, dans certains cas, la donation tombe aussi par la perte de la chose (§ 16, *De legatis*, J., 2, 20; L. 38 pr. § 1 et 3, *De legatis*, 3°; L. 87, *eod. tit.*);

[1] A l'origine, le patron, seul, avait un droit de révocation pour toutes les donations entre-vifs dont il avait gratifié son affranchi; mais ce droit de révocation était absolu (Frag. Vat., § 272 et 313). Plus tard, ce droit de révocation fut restreint au cas d'ingratitude (cpr. Const. 1, *De revocandis donationibus*, 8, 56; Frag. Vat., § 272), et à celui de survenance d'enfants (Const. 8, *De revocandis donationibus*, 8, 56). Quant aux autres donations, par extension de ce qui avait lieu au profit du patron, le droit de révocation pour cause d'ingratitude, fut accordé, d'abord à tout ascendant donateur vis-à-vis de son descendant donataire (Arg., Const. 7, *De revocandis donationibus*, 8, 56), puis, par Justinien, à tout donateur quelconque (§ 2, J., *De donationibus* 2, 7); mais les causes d'ingratitude furent limitativement déterminées, au nombre de cinq, parmi lesquelles l'inexécution des charges de la part du donataire (Const. 10, *De revocandis donationibus*, 8, 56).

[2] Cpr. Savigny, *op. cit.*, § 169, t. IV, p. 237, note *l. d. b.*, trad. Guénoux.

Digitized by Google

ou bien encore par le concours de deux causes lucratives, c'est-à-dire si la chose donnée est acquise au donataire en vertu d'une autre cause et à titre gratuit (§ 6, *De legatis*, 2, 20; L. 17, *De oblig. et act.*, 44, 7; L. 83, § 6, *De verb. oblig.*, 45, 1); mais ce sont là des applications des principes généraux. Enfin, on verra bientôt que la donation à cause de mort, sans être caduque, ne procure cependant aucun bénéfice au donataire, lorsque tout l'actif est absorbé par les dettes (L. 17, *De mortis causa donat.*, 39, 6); sous ce rapport aussi on l'assimile au legs.

SECTION II. — *Des effets de la caducité des donations à cause de mort.*

103. Divisions du sujet. — 104. Effets de la caducité, quand le donateur s'est réservé la propriété de la chose, *pendente conditione*. — 105. Effets de la caducité, lorsque le donateur à cause de mort a, de son vivant, transféré la propriété au donataire. — Peut-il intenter l'action en revendication ou jouit-il seulement d'une action personnelle? — 106. Des effets de l'action en revendication accordée au donateur. — 107. Des restitutions des fruits. — 108. Des impenses à raison desquelles le donataire peut réclamer des indemnités. — 109. Des effets de la *condictio causa data, causa non secuta*, lorsque le donateur intente cette action. — 110. Pourrait-on, dans certains cas, accorder au donateur l'*actio præscriptis verbis?* — 111. Effets de la caducité d'une donation à cause de mort faite par stipulation ou par *acceptilatio*. — 112. Actions données au donateur dans le cas où le donataire, *sui juris* au moment de la donation, est devenu *alieni juris* à l'époque où la libéralité se trouve caduque.

103. Les effets de la caducité des donations à cause de mort sont souvent fort remarquables; ils varient suivant que la libéralité a été faite sous condition suspensive ou sous condition résolutoire, et aussi suivant qu'il s'agit d'une *datio*, d'une stipulation ou d'une remise de dette.

104. Quand la donation à cause de mort a eu lieu au moyen d'une tradition, il faut distinguer suivant que cette tradition a été faite ou non sous condition suspensive. Dans le premier cas, le donateur est resté propriétaire; dans le second, il a transféré la propriété au donataire.

Pas de difficulté, pour déterminer les effets de la caducité, dans la première hypothèse: le donateur étant demeuré propriétaire, réclame sa chose par l'action en revendication qu'il a le droit d'intenter, non-seulement contre le donataire, mais contre toute personne en possession de cette chose.

Digitized by Google

Ulpien, L. 29, h. t. : « ....Et si quidem sic donavit, ut, si mors contigisset, tunc haberet cui donatum est, sine dubio donator poterit rem « vindicare, mortuo eo, tunc is cui donatum est. »

105. Au contraire, quand le donateur a transféré la propriété au donataire, quel est l'effet de la caducité? Le donateur peut-il encore intenter l'action en revendication, ou bien a-t-il seulement une action personnelle, la *condictio causa data, causa non secuta*, pour obliger le donataire (ou ses héritiers) à lui retransférer la propriété? Est-ce que l'accomplissement de ce que nous avons appelé la condition résolutoire a pour effet de retransférer de plein droit la propriété sur la tête du donataire[1]?

[1] Cette question a été développée avec une grande richesse de détails et une remarquable logique par M. Bufnoir, *Théorie de la condition*, p. 136 et suivantes. Il a paru d'autant plus indispensable de l'examiner ici, qu'un certain nombre de textes destinés à la résoudre, sont empruntés à la théorie des donations à cause de mort; mais, pour ne pas intercaler une dissertation qui aurait fait perdre de vue les donations à cause de mort, on a préféré, au risque de quelques répétitions, consacrer une note spéciale à cette difficulté.

La question de savoir si l'accomplissement de ce que l'on appelle la condition résolutoire a pour effet de reporter *ipso jure* la propriété à l'ancien propriétaire présente une grande utilité pratique; en cas d'affirmative, cet ancien propriétaire peut intenter l'action en revendication contre quiconque détient ou possède la chose, et cette chose lui revient franche et quitte de toutes les charges réelles, servitudes, hypothèques, établies par celui dont le droit est résolu; dans le cas contraire, il a seulement une action personnelle contre ce dernier, pour le contraindre à retransférer la propriété; d'où il résulte, que, si la chose a été aliénée par l'*accipiens*, l'ancien propriétaire ne peut pas la recouvrer et obtient seulement des dommages-intérêts; et que, dans tous les cas, si la chose lui revient, il est obligé de l'accepter avec les charges réelles qui ont été établies sur elle.

Il semble résulter d'une série de textes que, par l'effet de la condition dite résolutoire, la propriété est retransférée de plein droit à l'ancien propriétaire et que les charges établies par le propriétaire dont le droit est résolu, tombent (L. 4, § 3, *De in diem addictione*, 18, 2; L. 2, § 4, *Pro emptore*, 41, 4; L. 41, *De rei vindic.*, 6, 1; L. 9, *De aqua et aquæ pluviæ arcendæ*, 39, 3; L. 8, *De lege commissoria*, 18, 3; L. 29, *De mortis causa donationibus*, 39, 6; L. 13, pr., *De pign. act.*, 13, 7). Mais, d'autres textes, non moins nombreux, décident que la propriété n'est pas retransférée de plein droit; que, dans le cas de *datio* avec clause de résolution, l'*accipiens* est propriétaire d'une manière définitive, avec obligation seulement de retransférer la propriété en cas d'accomplissement de la résolution, de telle sorte que l'ancien propriétaire acquiert maintenant une propriété nouvelle avec les charges réelles établies par son prédécesseur (L. 4 et 5, *De lege commissoria*, 18, 3;

Digitized by Google

Sur ce point, les solutions ont, en droit romain, varié suivant les époques. Dans l'ancien droit, et encore à l'époque des

L. 6, § 1, *De contrahenda emptione*, 18, 1; L. 4, § 4; L. 16, *De addictione in diem*, 18, 2; L. 7, § 3; *De jure dotium*, 23, 3; L. 4, *De condictione causa data, causa non secuta*, 12, 4; L. 12, *Præscr. verbis*, 19, 5).

On peut ramener à trois, les systèmes proposés par les romanistes pour expliquer ces textes.

Dans une première opinion, enseignée en Allemagne par M. Rieser (*Gieser Zeitschrift*, II, p. 1 et 270), il n'y a lieu, par suite de l'accomplissement de la condition, qu'à une action personnelle pour se faire retransférer la propriété de la chose; il est impossible, en droit romain, que la propriété se trouve retransférée de plein droit; cela est contraire au principe suivant lequel le consentement ne suffit pas pour opérer translation de propriété; il faut un *modus adquirendi*.

Cette opinion de Rieser est reproduite et énergiquement soutenue par M. Mainz dans son *Traité de droit romain*. Cet auteur va même plus loin que Rieser, et il s'efforce de démontrer qu'au point de vue purement philosophique, la propriété révocable par l'arrivée d'une cause de résolution est contraire à la nature de ce droit qui existe, abstraction faite de toute personne, excepté celle qui est propriétaire; de plus, il serait contraire au principe de l'irrévocabilité de la propriété qu'il pût quelquefois dépendre d'un tiers de faire cesser la propriété, contre la volonté du propriétaire actuel. Enfin, on ne saurait critiquer ce résultat d'après lequel, pour le cas d'accomplissement de la condition, la propriété doit être retransférée et passe avec toutes les charges dont l'a grevée celui qui était tenu à la restitution, car les conventions relatives à la résolution n'affectent en rien le droit de propriété : elles restent personnelles à ceux qui les ont conclues, sans pouvoir profiter ou nuire aux tiers (Mainz, § 180). Telle était bien la théorie du droit romain, non-seulement à l'époque des jurisconsultes classiques, mais même encore sous Justinien, et M. Mainz, après avoir admis trois cas exceptionnels où à l'époque de cet empereur la propriété aurait été retransférée *ipso jure* (celui d'*addictio in diem*, celui de donation avec charge, celui de legs conditionnel), rejette ensuite même ces trois exceptions (cpr. § 180, avec les § 333 et 338). On cite à l'appui de ce système une série de textes. (L. 12, *Præscriptis verbis*, 19, 5; L. 7, § 3, *De jure dotium*, 23, 3; L. 13, pr., L. 39, *De mortis causa donationibus*, 39, 6; L. 38, *De usuris et fructibus*, 22, 1; L. 15, *De condictione causa data*, 12, 4; L. 67, § 3, *De furtis*, 47, 2; L. 4, § 4, *De in diem addictione*, 18, 2; L. 4, pr., *De lege commissoria*, 18, 3; Const. 4, *De rerum permutatione*, 4, 64).

Cette première opinion ne jouit pas d'une grande faveur; la plupart des romanistes modernes l'ont repoussée. La question n'est pas, en effet, de savoir si la propriété peut être transférée par le seul effet des conventions, mais si le transport de la propriété peut être soumis à des restrictions. Or, au point de vue purement théorique, il n'est pas douteux que la propriété pouvant être limitée dans son étendue, par exemple, par les servitudes, puisse l'être aussi dans sa durée. Mais cette idée avait-elle été admise par les Romains à toutes les époques de leur jurisprudence? Sur ce point, ceux qui

Digitized by Google

jurisconsultes classiques, on posait, comme principe général, que la propriété s'acquérait toujours d'une manière absolue,

repoussent le premier système ne sont pas d'accord, et deux opinions se sont produites.

D'après une théorie, fort en faveur en Allemagne (cpr. Sell. *Roemische Lehre des Eigenthums*, I, § 4 et 5; Vangerow, *Lehrbuch*, § 96, et tous les auteurs cités par ce dernier) à toutes les époques du droit romain, on admit la propriété limitée dans sa durée. Nous allons voir bientôt que cette doctrine n'est pas historiquement exacte.

En France, on suit un troisième système, moins absolu que les deux précédents, et qui se concilie beaucoup mieux avec l'ensemble des textes. Ce système, présenté pour la première fois par M. Pellat, en 1827, dans un concours, développé dans son *Exposé des principes généraux du droit romain sur la propriété* (p. 279), a été adopté par la plupart des auteurs français (Blondeau, *Chrestomathie*, p. 457, note 1; Ortolan, *Explication historique des Instituts*, II, p. 376, n° 546; Demangeat, *Traité élémentaire de droit romain*, I, p. 576; Bufnoir, *op. et loc. cit.*). M. de Savigny l'enseigne aussi (§ 171, t. IV, p. 256 de la trad. Guénoux). Dans cette opinion on dit que, pendant l'ancien droit romain et même sous la jurisprudence classique, la propriété limitée dans sa durée, était inconnue à Rome. Ulpien, le premier, aurait proposé une solution suivant laquelle la propriété serait transférée sous condition résolutoire, de telle sorte qu'à l'arrivée de la condition l'ancien propriétaire pourrait recouvrer *ipso jure* sa qualité. Cette innovation s'introduisit lentement dans la jurisprudence, mais en gagnant sans cesse du terrain, et ce qui était l'opinion d'un jurisconsulte devint, sous Justinien, une règle adoptée par tous. M. Machelard se rallie aussi à ce système, mais avec une légère nuance; il croit que l'innovation ne fut pas seulement proposée par Ulpien, mais encore par d'autres jurisconsultes, même avant Ulpien, et qu'il y avait là une tendance générale de la jurisprudence (*Textes de* 1856, p. 183). C'est aussi ce troisième système que nous préférons, sauf quelques modifications de détail que nous verrons dans la suite.

Dans l'ancien droit romain, la propriété résoluble sous condition n'était pas connue, en ce sens que l'on ne pouvait pas, dans l'acte même de translation de propriété, insérer une clause en vue de laquelle la propriété aurait été transmise avec une résolution conditionnelle. M. Huc (*Du prétendu formalisme romain*, p. 30) en a donné pour raison que la *mancipatio* et la *cessio in jure* avaient pour but la constatation certaine de la translation de la propriété; or, « pour que cette constatation fût efficace, il fallait que le transfert de la propriété fût actuel, définitif, et ne pût pas être subordonné à une condition, car, la réalisation d'une condition se produisant nécessairement en dehors de toute publicité, il est évident qu'une mancipation conditionnelle n'aurait jamais pu donner la certitude que le législateur cherchait à obtenir. » Outre que cette explication de la *mancipatio* et de l'*in jure cessio*, envisagées comme modes de publicité destinés à faire connaître des translations de propriété au profit des tiers (de même que chez nous la transcription) paraît fort hasardée, nous ajouterons qu'avec le système de M. Huc on ne voit pas pour quel motif la tradition n'aurait pas pu transférer une pro-

Digitized by Google

le droit de propriété ne pouvant pas être limité dans sa durée. Dès lors, la caducité de la donation n'empêchait pas le dona-

priété résoluble. Nous ne dirons pas non plus, pour expliquer cette solution, que la *mancipatio* et l'*in jure cessio* n'étaient pas susceptibles de conditions. Sans doute, ces actes solennels n'admettaient pas cette modalité, mais cela ne prouve rien. Si ce motif était, en effet, concluant, on ne voit pas comment certains jurisconsultes auraient pu faire consacrer une dérogation aussi grave aux principes, alors que tous les textes nous disent encore, même sous Justinien, que les actes légitimes n'étaient pas susceptibles de terme, ni de condition. D'un autre côté, on ne verrait pas pour quel motif la tradition, mode non solennel, n'aurait pas pu conférer un droit de propriété résoluble; et cependant les jurisconsultes ne distinguaient pas; ils décidaient, d'une manière absolue, que la propriété ne pouvait pas être soumise à une extinction conditionnelle, quel que fût l'acte translatif employé par les parties. Comme on l'a très-bien fait remarquer dans ces derniers temps, la difficulté n'est pas de savoir si l'acte translatif pourrait être affecté d'une résolution conditionnelle, mais si le droit de propriété lui-même pourrait être résoluble. Or, sur ce point, la doctrine dominante des jurisconsultes classiques paraît avoir été que le droit de propriété constitue un droit absolu, sinon dans son étendue, du moins dans sa durée. Sans doute, une personne peut transférer son droit de propriété à une autre, mais on ne peut pas dire que, dans ce cas, la propriété de la première soit éteinte; c'est le même droit qui passe à une autre personne. Ce principe de l'irrévocabilité de la propriété est resté en vigueur pendant les deux premières périodes de l'histoire du droit romain, et c'est encore lui qui domine, à la fin de la troisième période, celle des jurisconsultes classiques. Nous en trouvons la preuve notamment dans la nécessité de l'*usureceptio* au profit du débiteur qui payait et qui avait donné un gage à son créancier en lui mancipant la chose, *contracta fiducia*; malgré le payement de la dette, que l'on aurait dû considérer comme l'accomplissement d'une véritable résolution des droits de propriété du créancier, la propriété de la chose ne revenait pas *ipso jure* au débiteur (Gaius II, § 60). De même, nous voyons ici, dans la théorie des donations à cause de mort, qu'en cas de caducité de la libéralité, le donateur ne pouvait pas intenter la revendication, mais seulement une *condictio*.

Mais ces principes rigoureux contrariaient souvent la volonté des parties et donnaient lieu à de graves inconvénients. Celui qui avait transféré la propriété avec clause de retour, n'ayant qu'une action personnelle, ne pouvait pas suivre la chose entre les mains des tiers : dans le cas où l'acquéreur l'avait aliénée, il pouvait seulement obtenir des indemnités, et ce droit devenait illusoire, quand l'acquéreur était insolvable; enfin, même lorsque la chose lui était restituée, il était obligé de l'accepter avec les charges réelles consenties par cet acquéreur. C'est pour remédier à ces inconvénients, qu'on proposa cette innovation considérable, qui consistait à limiter le droit de propriété quant à sa durée. Ulpien fut-il l'auteur de cette innovation? Je n'oserais l'affirmer, car, d'une part, ce jurisconsulte invoque à l'appui de sa solution l'autorité de Marcellus (L. 4, § 3, *De in diem addictione*, 18, 2; L. 3, *Quibus modis pignus solvitur*, 20, 6) et, d'un autre côté, Scévola,

Digitized by Google

taire (ou ses héritiers) de rester propriétaire, et l'on accordait seulement une action personnelle au donateur pour se faire

jurisconsulte antérieur à Ulpien, dans la loi 31, *De pignoribus et hypothecis* (20, 1) donne une solution dans le sens de cette innovation. De même, ce que dit Paul dans la loi 7, *De aqua et aquæ pluviæ arcendæ* (39, 3) ne peut s'expliquer que par l'admission d'une propriété *ad tempus* dans le cas d'*addictio in diem*; mais ce jurisconsulte écarte encore cette idée dans les donations à cause de mort où il n'admet que la *condictio* (L. 29, *De mortis causa donat.*, 39, 6).

Il est probable que l'idée d'une propriété *ad tempus* se produisit d'abord à propos de l'*addictio in diem :* c'est précisément dans des hypothèses de ce genre qu'Ulpien invoque déjà l'autorité de Marcellus (L. 4, § 3, *De in diem addictione*, 18, 2; L. 3, *Quibus modis pignus solvitur*, 20, 6; cpr. : L. 41, *De rei vind.*, 6, 1). Mais ce qu'Ulpien proposa le premier, ce fut l'application de cette règle nouvelle à la théorie des donations à cause de mort, comme cela résulte de la timidité avec laquelle il avance sa solution (L. 29, *De mortis causa donationibus*, 39, 6). C'est ainsi que cette innovation gagna peu à peu du terrain ; elle était tellement contraire aux anciens principes, qu'elle dut éprouver de grandes résistances; mais cependant elle finit par triompher, à cause des importants avantages qui en résultaient.

Au surplus, même depuis cette époque, la propriété ne fut retransférée de plein droit qu'autant que telle avait été l'intention des parties. Il pouvait encore arriver que celles-ci aient eu en vue une translation absolue de propriété, tout en convenant qu'à l'arrivée de tel événement l'acquéreur devrait retransférer la propriété. Dans ce cas, l'effet de la condition était de donner seulement une action personnelle contre l'ancien propriétaire.

Avec ce système, il est facile d'expliquer tous les textes du Digeste. Ainsi, les L. 38, § 3, *De usuris et fructibus* (22, 1); L. 13, pr. L. 35, § 3; L. 39, *De mortis causa donationibus* (39, 6); L. 15, *De condictione causa data* (12, 4); Const. 2, *De pactis inter emptorem et venditorem* (4, 54), n'accordent qu'une action personnelle à celui au profit duquel s'est accomplie une condition résolutoire; la Constitution 3, *De pactis inter emptorem et venditorem* (4, 54), va plus loin et refuse textuellement l'action en revendication; enfin, deux Constitutions impériales posent la règle qu'on ne peut transférer la propriété *ad tempus* (Const. 26, *De legatis*, 6, 37, frag. Vat., § 283), à peine de nullité de l'acte, contrairement à ce qui a lieu en cas de constitution de servitude *ad tempus* ou d'institution d'héritier à terme, lesquelles sont valables, mais *in perpetuum*. Nous expliquerons tous ces textes en faisant remarquer qu'ils datent précisément de l'époque où l'innovation éprouvait les résistances les plus sérieuses; quelques-uns protestent même contre elle et affirment l'ancienne doctrine.

Dans le système qui domine en Allemagne, ces textes présentent les plus graves difficultés: on dit qu'ils supposent des hypothèses où, d'après l'intention des parties, la propriété doit être transférée d'une manière absolue et où l'effet de la résolution consiste simplement à donner une action personnelle. On cite, en effet, d'autres fragments où il n'est pas douteux que telle avait été l'intention des parties, puisque la plupart de ces textes sont

Digitized by Google

retransférer la propriété. Cette action était la *condictio causa data, causa non secuta.* C'est ce que nous apprennent plusieurs

précisément d'Ulpien : il est bien clair que ce jurisconsulte aurait accordé l'action en revendication, s'il s'était agi d'une propriété transférée *ad tempus* (L. 7, § 3, *De jure dotium*, 23, 3 ; L. 4, pr. *De lege commissoria*, 18, 3 ; L. 4, § 4, *De in diem addictione*, 18, 2 ; L. 12, *Præscriptis verbis*, 19, 5). On ajoute que, même dans les cas où la revendication est autorisée, il peut être préférable d'intenter l'action personnelle, par exemple, au point de vue de la preuve, ou pour obtenir certaines prestations accessoires auxquelles on n'aurait pas droit dans l'action en revendication.—Que toutes ces considérations soient exactes en elles-mêmes, nous le reconnaissons ; nous accordons aussi que, dans certains textes, on suppose une propriété transférée d'une manière absolue, de telle sorte que, dans l'intention des parties, il y a lieu seulement à une action personnelle (L. 7, § 3, *De jure dotium*, 23, 3 ; L. 4, pr., *De lege commissoria*, 18, 3 ; L. 4, § 4, *De in diem addictione*, 18, 2 ; L. 12, *Præscriptis verbis*, 19, 5) ; mais nous contestons formellement qu'on puisse expliquer ainsi les L. 18, § 3, *De usuris et fructibus* (22, 1) ; L. 13, pr. ; L. 35, § 3 ; L. 39, *De mortis causa donationibus* (39, 6) ; Const. 2, *De pactis inter emptorem et venditorem* (4, 54). Il suffit de lire ces derniers textes sans prévention pour reconnaître qu'ils ont été écrits sous l'influence de l'ancienne doctrine. Il est vrai qu'on peut nous faire une objection assez embarrassante en nous demandant alors comment on explique leur insertion au Digeste et au Code. Nous répondrons que cette insertion a été faite, tantôt par inadvertance, tantôt précisément sous l'influence de cette idée que l'action réelle n'exclut pourtant pas l'action personnelle. Certes nous reconnaissons qu'on peut concilier la plupart de ces textes dans le droit de Justinien en les appliquant à l'action personnelle, mais nous contestons qu'à l'origine ils aient été écrits dans cette pensée.

Nous arrivons aux textes qui accordent l'action en revendication ; ils ne sont pas moins nombreux (L. 29 et 30, *De mortis causa donationibus*, 39, 6 ; L. 41, *De rei vindicatione*, 6, 1 ; L. 4, § 3, *De in diem additione*, 18, 2 ; L. 3, *Quibus modis pignus solvitur*, 20, 6 ; Const. 2, *De donationibus quæ sub modo*, 8, 55 ; Const. 26, *De legatis*, 6, 37). MM. Rieser et Mainz ne peuvent expliquer ces textes d'une manière satisfaisante. Au contraire, les partisans du système qui domine en Allemagne n'ont aucune difficulté à les interpréter : ils vont même plus loin et ils citent d'autres textes desquels il résulterait que tous les jurisconsultes classiques accordaient l'action en revendication (L. 8, *De lege commissoria*, 18, 3 ; L. 14, *De mortis causa donationibus*, 29, 6 ; L. 9, *De aqua et aquæ pluviæ arcendæ* 39, 3 ; Const. 1 et 4, *De pactis inter emptorem et venditorem*, 8, 54). Ces derniers textes seraient donc contraires à notre doctrine. Toutefois, il est certain pour nous que, dans la L. 8, *De lege commissoria*, et dans la Const. 4, *De pactis inter emptorem et venditorem*, l'expression *vindicare* n'est pas employée dans son sens technique et signifie seulement réclamer ; cela résulte de l'ensemble de ces deux textes. On peut ajouter, pour la Const. 4, qu'elle est du même empereur que la Const. 3 laquelle refuse positivement l'action en revendication. Quant à la Const. 1 citée, elle dit, sans doute, qu'à défaut

Digitized by Google

textes de Paul et de Julien. Voyons d'abord les textes de Paul.

Paul, L. 38, § 3, *De usuris et fructibus*, 22, 1 : « Idemque est, si mortis « causa fundus fuit donatus, et revaluerit qui donavit, atque ita condictio « nascitur. »

Paul, L. 35, § 3, *De mortis causa donationibus*, 39, 6 : « Ergo qui mortis « causa donat, qua parte se cogitat, negotium gerit, scilicet ut, quum « convaluerit, reddatur sibi. Nec dubitaverunt Cassiani, quin condictione « repeti possit, quasi re non secuta, propter hanc rationem quod ea, quæ « dantur, aut ita dantur ut aliquid facias, aut ut ego id faciam, aut ut « Lucius Titius, aut ut aliquid obtingat; et in istis condictio sequitur. »

Paul, L. 39, eod. tit. : « Si is, cui mortis causa servus donatus est, eum « manumiserit, tenetur condictione in pretium servi, quoniam scit, posse « sibi condici, si convaluerit donator. »

Ces trois textes ne présentent aucune difficulté. Le second, comme on a dû le remarquer, nous explique pour quel motif on donne la *condictio causa data, causa non secuta :* on accorde cette action non-seulement quand une translation de propriété a été faite en vue d'une prestation réciproque, mais aussi lorsqu'elle a eu lieu en vue d'un événement dépendant du hasard, *ut aliquid obtingat*, comme le prédécès du donateur.

Le troisième texte suppose que le donataire a affranchi

de payement du prix, *dominium ad venditorem pertinebit*; mais cela peut s'entendre de la nécessité imposée à l'acheteur de retransférer la propriété au vendeur. Les deux autres textes ne sont pas non plus concluants contre nous : la loi 16, *De mortis causa donationibus* (39, 6) suppose une donation par tradition sous condition suspensive, et, pour ce cas, il n'est pas douteux qu'on accorda à toutes les époques l'action en revendication au donateur, lorsque la libéralité se trouve caduque. La L. 9, *De aqua et aquæ pluviæ arcendæ* suppose une *addictio in diem*, et nous avons reconnu nous-même que, dans ce cas, on avait admis de bonne heure, l'action en revendication.

Veut-on maintenant, comme conclusion, une preuve indubitable du changement subi par la législation romaine en cette matière : il suffit de rapprocher le § 283 des *Fragmenta vaticana* et la Const. 2, *De donationibus quæ sub modo* (8, 55). Ces deux textes rapportent la même Constitution des mêmes empereurs et pourtant ils disent absolument le contraire. L'un affirme que : *ad tempus proprietas transferri nequit*; l'autre déclare qu'on peut transférer la propriété *ad tempus*. Il est de la dernière évidence que la Constitution des empereurs a subi un complet remaniement en passant dans le recueil de Justinien : on lui a fait dire le contraire de ce qu'elle portait à l'origine. Mais comment expliquer ce changement dans le système de ceux qui pensent que le droit romain n'a jamais subi aucune modification en cette matière ?

Digitized by Google

l'esclave qui lui avait été donné *mortis causa*, et il décide que le donateur peut intenter la *condictio* pour obtenir la valeur de cet esclave. Mais il est bien certain que le jurisconsulte aurait aussi accordé la *condictio* si l'esclave n'avait pas été affranchi; la fin du texte nous montre que, dans tous les cas, le rétablissement du donateur donne seulement lieu à la *condictio*. D'ailleurs, si Paul ne reconnaissait pas au donataire la qualité de propriétaire absolu, il ne déclarerait pas l'affranchissement valable. Celui qui a sur un esclave une propriété susceptible de s'éteindre par l'accomplissement d'une condition ne peut pas l'affranchir au détriment de celui qui doit profiter de cet événement (L. 29, § 1, *Qui et a quibus manumissi liberi non fiunt*, 40, 9).

De même que Paul, le jurisconsulte Julien, n'accorde jamais que la *condictio*. Comme nous retrouverons la plupart de ses textes (L. 13, pr.; L. 19, *De mortis causa donationibus*, 39, 6), nous nous bornerons à transcrire ici celui que nous n'aurons pas occasion de revoir.

Julien, L. 4, *De donationibus inter virum et uxorem*, 24, 1 : « Idemque « est (scilicet nullius momenti), si mortis causa traditurum mihi jusserim « uxori tradere, nec referre, convaluerit donator an mortuus sit; neque « existimandum est, si dixerimus valere donationem, non fieri me paupe- « riorem quia sive convaluerit donator, condictione tenebor, sive mortuus « fuerit, rem, quam habiturus eram in bonis meis, desinam propter dona- « tionem habere. »

Dans ce texte, on suppose qu'une personne voulant faire une donation à cause de mort à un mari, celui-ci ordonne au donateur de remettre directement la chose à sa femme. Il y a ainsi deux libéralités : d'abord, une donation à cause de mort faite par ce tiers au mari; ensuite, une donation entre-vifs faite par le mari à sa femme. Le jurisconsulte ne s'occupe pas de la première, car elle ne présente aucune particularité; mais il se demande si la seconde est valable. Malgré la prohibition des donations ordinaires entre époux, on pourrait croire que, dans l'hypothèse, cette libéralité doit produire effet, car les donations entre époux sont permises, par exception, lorsqu'elles n'entraînent aucun appauvrissement du donateur; pour mieux dire, il n'y a pas, dans les idées des Romains, donation en pareil cas (L. 3, § 8; *De donationibus inter virum et uxorem*, 24, 1). Mais le jurisconsulte prouve que, dans

Digitized by Google

notre hypothèse, il y aura toujours appauvrissement du mari, à quelque point de vue que l'on se place; et pour l'établir, il revient à la première donation faite par le tiers au mari : ou bien ce tiers prédécède, et alors l'appauvrissement du mari n'est pas douteux, puisque s'il n'avait pas donné à sa femme, la chose serait maintenant dans ses biens et d'une manière irrévocable; ou bien ce tiers survit, échappe au danger, et alors le mari est tenu par la *condictio* de rendre au tiers donateur la valeur de la chose, à défaut de la chose elle-même. Aussi Julien n'hésite-t-il pas à décider, dès le commencement de son texte, que la donation faite par le mari à sa femme est nulle dans tous les cas.

Julien n'accorde donc jamais au donateur l'action en revendication. S'il admettait cette action, il n'affirmerait pas d'une manière absolue que le mari est dans tous les cas appauvri par la libéralité qu'il fait à sa femme : cet appauvrissement ne se produirait pas, en effet, dans l'hypothèse où, par suite de la caducité de la donation à cause de mort, le tiers intenterait directement l'action en revendication contre la femme. Celle-ci restituerait la chose au tiers sans pouvoir recourir en garantie contre son mari, et le mari ne serait pas obligé de restituer au donateur la valeur de la chose.

La doctrine de Julien n'est donc pas douteuse, et l'on ne saurait s'arrêter à la loi 14, h. t., pour soutenir que ce jurisconsulte accorde aussi l'action en revendication. Il y aurait ainsi contradiction entre ce texte et la loi 4, *De donationibus inter virum et uxorem*, dont la solution ne peut se justifier que par le refus absolu de l'action en revendication. Aussi est-il certain pour nous que, dans la loi 14, h. t., Julien suppose une donation à cause de mort sous condition suspensive.

Cette nécessité imposée au donateur de recourir à la *condictio* présentait de grands inconvénients. Le donateur était obligé de reprendre la chose avec les charges réelles consenties par le donataire; si le donataire avait aliéné, le donateur ne pouvait pas suivre la chose entre les mains des tiers, et il était obligé de se contenter d'une indemnité; aussi son droit devenait illusoire quand le donataire était insolvable. Déjà les mêmes inconvénients avaient été signalés dans une autre matière, plus pratique encore que la donation à cause

Digitized by Google

de mort: je veux parler de la vente avec *addictio in diem*, et les jurisconsultes, rompant violemment avec le passé, avaient généralement admis que, dans ce cas, on pourrait transférer un droit de propriété résoluble, de sorte que, *pendente conditione*, l'acheteur serait propriétaire, mais qu'ensuite, par l'effet de l'accomplissement de la résolution, il serait considéré comme n'ayant jamais eu cette qualité, et que le vendeur aurait le droit d'intenter, soit contre l'acheteur, soit contre les tiers, l'action en revendication (L. 4, § 3, *De in diem addictione*, 18, 2; L. 3, *Quibus modis pignus solvitur*, 20, 6; L. 41, *De rei vindicatione*, 6, 1; L. 7, *De aqua et aquæ pluviæ arcendæ*, 39, 3). Ulpien, le premier, proposa d'étendre cette innovation aux donations à cause de mort.

Ulpien, L. 29, *De mortis causa donationibus*, 39, 6 : « Si mortis causa res « donata est, et convaluit, qui donavit, videndum, an habeat in rem ac- « tionem. Et si quidem quis sic donavit, ut, si mors contigisset, tunc ha- « beret cui donatum est, sine dubio donator poterit rem vindicare, mortuo « eo tunc is, cui donatum est. Si vero sic, ut jam nunc haberet, redderet, « si convaluisset, vel de prælio vel peregre rediisset, *potest defendi*, in rem « competere donatori, si quid horum contigisset; interim autem ei, cui do- « natum est. Sed et si morte præventus sit is, cui donatum est, adhuc « quis dabit in rem donatori [1]. »

Cette théorie d'une propriété limitée *ad tempus* finit par se généraliser; mais il ne faudrait pas croire d'ailleurs que l'action en revendication ait purement et simplement remplacé la *condictio causa data, causa non secuta;* cette dernière action fut encore nécessaire dans un certain nombre de cas. Aussi, le développement historique de ces actions étant connu, nous allons, à présent, étudier chacune d'elles en particulier [2].

[1] Cpr. L. 30, h. t. On a vu plus haut que la première partie de notre loi est relative à la donation à cause de mort sous condition suspensive : c'est seulement dans la seconde, qu'Ulpien s'occupe de notre question.

[2] Les anciens jurisconsultes étaient bien embarrassés pour expliquer cette action *in rem* dont parle la loi 29; ils ont proposé les explications les plus bizarres. On se bornera à rapporter celle de Doneau : « Sed unde hæc « in rem actio? Est enim præter legem eorum, quæ ob causam dantur, ex « quo genere, causa non secuta, condictio est dati, non etiam in rem actio, « ne utilis quidem, ut disseruimus supra in genere datorum. Repugnat « etiam regulis juris superioribus, quæ esse diximus de dominiis rerum « transferendis. Et hæc inducta est proprio quodam jure propter simili- « tudinem, quæ huic donationi est cum legatis. Ante posuimus donationes

Digitized by Google

106. Commençons par l'action en revendication. Cette action est accordée, dans le dernier état du droit, toutes les fois que la donation se trouve caduque; peu importe qu'elle ait eu lieu sous condition suspensive ou sous condition résolutoire. Remarquons que, pour les donations à cause de mort entre époux, on avait toujours admis l'action en revendication; c'est qu'en effet, ces libéralités, comme nous l'avons vu, ne pouvaient se faire que sous condition suspensive (arg. L. 52, § 1, *De donat. inter vir. et uxor.*, 24, 1).

Une question délicate est celle de savoir à quelle solution il faudrait s'arrêter dans le cas où le donateur aurait donné la chose d'autrui. Pourrait-il, dans certaines hypothèses, intenter l'action en revendication? Nous possédons deux textes sur cette question :

Julien, L. 13, pr., h. t. : « Si alienam rem mortis causa donaveris, eaque « usucapta fuerit, verus dominus eam condicere non potest, sed ego si « convaluero. »

Paul, L. 33, h. t. : « Qui alienam rem mortis causa traditam usucepit, « non ab eo videtur cepisse, cujus res fuisset, sed ab eo qui occasionem « usucapionis præstitisset. »

Ces textes, comme on a dû le remarquer, sont antérieurs à l'époque où l'on admit l'idée d'une translation de propriété sous condition résolutoire, et leur solution ne présente aucune difficulté; le donataire est devenu propriétaire par usucapion, et lorsque la donation tombe, le donateur

« causa mortis factas legatis comparari. At legatum revocatum sic eva- « nescit, ut testatori ipsi sit in rem actio de rebus prius legatis, quia sci- « licet dominium earum ab eo non recessit, ac ne recedere quidem ab eo « potuit, quamdiu vivit, etsi maxime legatum constitisset.... Quare, et in « donatione causa mortis eodem exemplo, idem jus admitti oportuit, ut ea « revocata, quasi revocatio revocationis legati vim haberet, ita et hic sit « donatori in rem actio de rebus donatis. At enim, dicet aliquis, legato re- « vocato, interest testatori actionem in rem directam esse, cum dominium « semper penes eum manserit. Cur igitur in hac donatione utilem tantum « actionem in rem dant veteres, non directam exemplo legatorum?.... Quod « si ita quis donet mortis causa, ut donatum statim fiat accipientis, quod « fit ut plurimum, et de cujus donationis revocatione condictionem intel- « ligi volumus, obstant regulæ superiores juris, quominus dominium, quod « donatarii esse cœperat, recedat ab eo invito et ad donatorem redeat. Ideo « jus in hac re ita temperatum est, ut non detur directa in rem actio do- « natori qui ipso jure dominus non est. » (*Com. juris civilis*, lib. 14, cap. 33, § 11.)

Digitized by Google

intente contre lui la *condictio* pour se faire retransférer la propriété.

Mais cette solution serait-elle encore juste dans le cas où, depuis le triomphe de la doctrine nouvelle, le donataire a dû acquérir une propriété résoluble? Cette question ne paraît pas avoir été prévue par les auteurs.

Pour nous, qui admettons l'effet rétroactif de la condition accomplie, même dans les translations de propriété sous condition résolutoire, la réponse est bien simple : ou bien la donation devient irrévocable, et alors le donataire a usucapé *ab initio* un droit de propriété absolue pour son propre compte; ou bien la donation tombe, et dans ce cas le donateur a conservé pour lui-même, comme dans le cas de donation sous condition suspensive, la possession *ad usucapionem* et est devenu propriétaire par usucapion; si toutefois ce donateur ne peut pas usucaper pour une raison quelconque, par exemple parce qu'il n'était pas de bonne foi à l'*initium possessionis*, alors, à défaut de l'action en revendication, il a une simple *condictio* pour se faire restituer la chose.

Mais dans le système de ceux qui repoussent l'effet rétroactif de la condition pour les translations de propriété, on ne voit pas quelle solution satisfaisante pourrait être proposée dans le cas de caducité de la donation [1].

Nous expliquons de la même manière l'extinction des charges réelles consenties par le donataire. Elles tombent parce qu'elles ont été consenties *a non domino*. On ne peut, en effet, transférer plus de droits qu'on n'en a soi-même; et le donataire étant propriétaire sous condition résolutoire, n'a transféré que des droits réels affectés de la même restriction. (arg. L. 54; L. 175, § 1, *De regulis juris*, 50, 17; L. 20, § 1, *De adq. rer. dom.*, 41, 1; L. 3; L. 8, pr. *Quib. modis pignus*, 20, 6; L. 4, § 3, *De in diem addictione*, 18, 2).

[1] Dira-t-on que le donataire aura usucapé la propriété ordinaire, de telle sorte que le donateur aura seulement la *condictio*? Cela est impossible, car le donataire n'a pas juste titre pour acquérir une propriété irrévocable! Dira-t-on que le donateur aura continué l'usucapion commencée à son profit? Cela est encore impossible, car il n'a pas conservé l'*animus possidendi*; on ne pourrait le lui reconnaître qu'en faisant produire effet rétroactif à la condition; par cela même qu'il a voulu rendre l'*accipiens* propriétaire pour un temps déterminé, mais aussi d'une manière définitive, il n'a conservé aucune possession.

Digitized by Google

107. Quant aux fruits perçus, *pendente conditione*, par le donateur, on décidait déjà avant Ulpien qu'ils devaient être restitués, et l'on accordait la *condictio causa data causa non secuta*. (L. 12, *De condictione causa data*, 12, 4; L. 38, § 3, *De usuris et fructibus*, 22, 1.) Il en aurait été autrement si l'on avait pu établir en fait que le donateur, tout en donnant *mortis causa* la chose principale, avait eu l'intention de donner entre-vifs les fruits qu'elle pourrait produire. — A partir de l'époque où l'on autorisa le donateur à intenter l'action en revendication, nous pensons qu'une action spéciale n'a jamais été nécessaire pour les restitutions de fruits : ces restitutions ont pu être ordonnées *officio judicis*; le juge avait des pouvoirs suffisants à cet effet dans l'action en revendication.

108. Quant aux impenses faites par le donataire, on appliquait les principes ordinaires; aussi nous ne nous y arrêterons pas; il nous suffira de rappeler que dans le cas où le donataire avait droit à des indemnités, il devait invoquer son droit de rétention qu'il faisait valoir sous forme d'exception de dol.

Julien, L. 14, h. t. : « Si mortis causa donatus fundus est, et in eum im-« penses necessarias atque utiles factæ sint, fundum vindicantes, doli mali « exceptione summoventur, nisi pretium earum restituant [1] »

On voit par ce texte que le donateur à cause de mort est assimilé au possesseur de bonne foi : Julien l'autorise à se faire indemniser non-seulement de ses dépenses nécessaires, mais aussi de ses dépenses utiles. Or, on sait que si le possesseur de bonne foi et le possesseur de mauvaise foi peuvent tous deux se faire tenir compte de la totalité de leurs dépenses nécessaires (L. 15, §§ 1 et 3; L. 17, L. 21, L. 22, *De rei vind.*, 6, 4; Const. 5, *De rei vind.*, 3, 32), au contraire, le possesseur de bonne foi seul, à l'exclusion du possesseur de mauvaise foi, obtient des indemnités pour ses impenses utiles jusqu'à concurrence du bénéfice qu'elles procurent au propriétaire, lorsque celui-ci, au lieu de les faire enlever, préfère les conserver, et qu'il y aurait injustice à le faire profiter de ces améliorations sans indemniser le défendeur (cpr. pour le possesseur

[1] On sait que si, dans ce texte, Julien autorise le donateur à intenter l'action en revendication, c'est parce qu'il suppose que la donation a été faite sous condition suspensive.

Digitized by Google

de bonne foi : L. 27, § 5; L. 28, L. 30, *De rei vind.*, 6, 1; L. 38, *eod. tit.*; L. 9, *De negotiis gestis*, 3, 5; — pour le possesseur de mauvaise foi : L. 37, *De rei vind.*, 6, 1; L. 7, § 12, *De adq. rer. dom.*, 41, 1; Const. 5, 11, 16, *De rei vindicatione*, 3, 32; § 30, J., *De divis. rer.*, 2, 1)[1].

Quant aux impenses voluptuaires, le possesseur de bonne ou de mauvaise foi n'a droit à aucune indemnité : il a seulement le *jus tollendi*, si l'enlèvement peut s'effectuer sans dommage (L. 27, pr., *Negotiis gestis*, 3, 5; L. 3, § 4, *De in rem verso*, 15, 3; L. 32, § 5, *De adm. et periculo tutor.*, 26, 7). Le silence de notre loi 14 à l'égard de ces impenses nous montre bien qu'on appliquait aussi cette règle au donataire à cause de mort.

Il va de soi que cette solution de la loi 14 est vraie, non-seulement dans le cas de translation sous condition suspensive, mais encore dans celui où la propriété a été transférée sous condition résolutoire. Sans doute, Julien prévoit seulement la première hypothèse, mais il faut, par *à fortiori*, étendre sa solution à la seconde. D'ailleurs, ce texte est conçu de telle sorte que, dans le droit de Justinien, il peut s'appliquer à la fois aux deux cas ; et c'est ainsi que l'entendent beaucoup d'auteurs [2].

109. Nous arrivons à la *condictio causa data, causa non secuta*, et nous allons étudier cette action avant et après la doctrine nouvelle.

Tant que l'on n'admit pas la translation de propriété sous condition résolutoire, le donateur ne put intenter que cette action, en cas de caducité de la libéralité, à moins qu'il ne s'agît d'une donation à cause de mort entre époux, ou même d'une donation à cause de mort entre étrangers, mais sous condition suspensive.

Les conditions ordinaires de la *condictio causa data* étaient en effet réunies : on se trouvait en présence d'une *datio* faite en vue d'un événement futur, le prédécès du donateur, lequel ne s'était pas réalisé. Par cette action, on obligeait l'adversaire à retransférer la propriété ou à payer des indemnités fixées par le demandeur sur son serment. Le donateur seul (ou ses

[1] Voyez pour les détails mon *Droit de rétention*, § 9, p. 10.
[2] Cpr. Bufnoir, *op. cit.*, p. 474.

Digitized by Google

héritiers) avait la *condictio*, même dans le cas où il avait donné la chose d'autrui: dans cette dernière hypothèse, le propriétaire aurait eu le droit d'intenter la revendication, mais il n'aurait pas pu employer la *condictio causa data non secuta*, car le donataire n'était pas obligé envers lui. Si la chose avait péri par la faute du donataire, le donateur réclamait sa valeur. Il pouvait aussi se faire que le donataire eut aliéné la chose, et alors, par la *condictio*, le donateur réclamait à son choix, ou le prix de vente, ou la valeur estimative de la chose. Les textes nous parlent sans doute seulement de la valeur de la chose, mais c'est parce que dans les hypothèses qu'ils prévoient, le donataire ne s'était pas dessaisi de cette chose par une vente (L. 19, *in fine;* L. 39, h. t.). Il ne faut pas hésiter sur notre solution, car elle est conforme aux principes. Le donataire était en faute d'avoir aliéné sans attendre le prédécès du donateur: il devait donc toujours la valeur de la chose, comme le disent les textes, même dans le cas où il l'avait vendue pour un prix trop faible. Mais, d'un autre côté, s'il s'était dessaisi de la chose pour un prix supérieur à sa valeur, on pouvait lui réclamer tout le prix, car il le détenait *sine causa*. De même, si la chose avait péri par la faute du donataire, il était obligé, par la *condictio*, d'en restituer la valeur (*quoniam scit sibi posse condici*) (arg. L. 39, h. t.). Quant aux fruits perçus par le donataire, ils pouvaient aussi être réclamés par la *condictio* (L. 12, *De condictione causa data*, 12, 4; L. 38, § 3, *De usuris et fructibus*, 22, 1).

Nous venons d'étudier la *condictio causa data causa non secuta* avant la doctrine d'Ulpien. A partir de l'époque où l'on admet la translation de propriété sous condition résolutoire, cette action perd une grande partie de son importance, l'action en revendication étant beaucoup plus avantageuse. Cependant il est encore un certain nombre de cas où la revendication fait défaut et où la *condictio* est indispensable. C'est ce qui a lieu :

1) Quand le donateur a entendu aliéner purement et simplement, car alors le donataire est devenu propriétaire incommutable.

2) Quand il s'agit, non pas de *species*, mais de choses *quæ numero, pondere, mensura constant*. Ici encore, le donataire est devenu propriétaire absolu à charge de restituer, en cas de

Digitized by Google

caducité, d'autres choses de mêmes quantité, qualité, valeur. C'est ce qui se présente toutes les fois que le donateur a remis *mortis causa* une somme d'argent au donateur. Toutefois, comme la *condictio causa data causa non secuta* est de droit strict, le donateur n'a pas droit aux intérêts, même du jour de la demeure (L. 38, § 7, *De usuris*, 22, 1; L. 22, *De donationibus*, 39, 5): il ne peut les exiger qu'à partir de la *litiscontestatio* (L. 31, pr., *De rebus creditis*, 12, 1; L. 38, § 7, *De usuris*, 22, 1).

3) Lorsque la chose a péri par la faute du donataire, car *extinctæ res vindicari non possunt;* mais le donateur obtiendra par la *condictio* la valeur de la chose.

Il ne faudrait plus, depuis Ulpien, assimiler à cette hypothèse le cas où le donataire aurait seulement aliéné la chose donnée. Nous avons vu que, d'après l'ancienne doctrine, le donateur ne pouvait réclamer que le prix de vente ou la valeur de la chose. Depuis que le donataire acquiert seulement une propriété résoluble, le donateur a le droit de réclamer sa chose par l'action en revendication jusque dans les mains des tiers. Toutefois il peut, s'il le préfère, demander seulement la valeur de la chose ou le prix de vente au donataire, au moyen de la *condictio;* mais ce qui était autrefois obligatoire devient maintenant facultatif pour lui; il a le choix entre la chose elle-même par l'action en revendication, ou sa valeur par la *condictio.* C'est à cet ordre d'idées qu'appartient, dans notre opinion, le texte suivant qui a beaucoup embarrassé les jurisconsultes :

Ulpien, L. 37, § 1, h. t.: « Julianus ait: Si quis servum mortis causa sibi « donatum vendiderit, et hoc vivo donatore fecerit, pretii condictionem « donator habebit, si convaluisset, et hoc donator eligerit; alioquin ipsum « servum restituere compellitur. »

Suivant M. de Savigny (§ 171, note *h*, t. IV, p. 259 de la traduction Guénoux), ce texte signifie précisément que quand le donataire a aliéné, le donateur peut, par la *condictio*, réclamer, ou le prix de vente de l'esclave, ou sa valeur: *pretium* désignerait le prix réel, et *ipsum servum restituere* signifierait payer la valeur de l'esclave d'après l'estimation du juge; ce texte exclurait ainsi l'action en revendication.

Cette explication nous paraît complétement fausse. On re-

Digitized by Google

marquera, en effet, que ce texte est d'Ulpien : il est donc impossible que ce jurisconsulte, combattant sa propre doctrine, ait exclu l'action en revendication; aussi, dans ce fragment, le jurisconsulte entend bien certainement donner le choix entre la *condictio* et l'action en revendication: la *condictio* par laquelle on obtiendra le prix de vente, *pretium;* l'action en revendication qui fera obtenir l'esclave lui-même, *ipsum servum*. Cette interprétation est, de plus, la seule conforme au sens naturel des mots. Ulpien se serait bien mal exprimé si, pour indiquer l'obligation de restituer la valeur de l'esclave, il avait dit : *ipsum servum restituere*.

On nous objectera peut-être qu'Ulpien rapporte pourtant dans ce texte un passage de Julien; or Julien refuse certainement, comme on l'a vu, l'action en revendication. C'est précisément là que se trouve pourtant la solution de la difficulté! Sans doute, Ulpien rapporte l'opinion de Julien, mais comme il admet un système contraire à celui de ce jurisconsulte, c'est évidemment pour la combattre. Aussi, dans notre opinion, la loi 37, § 1, n'appartient à Julien que jusqu'aux mots : *si convaluisset;* peut-être la fin du texte telle que nous la possédons a-t-elle été ajoutée par Ulpien; peut-être aussi Ulpien, après avoir rapporté le texte de Julien, entrait-il dans certains détails pour proposer sa solution nouvelle, et les Commissaires de Justinien se sont-ils bornés à résumer ce qu'avait écrit le jurisconsulte Ulpien. Cette dernière conjecture nous paraît la plus probable, car la fin du texte a été maladroitement ajoutée : en la prenant au pied de la lettre, elle signifie que le donataire est obligé de restituer l'esclave lui-même, ce qui est absurde, puisqu'il ne le possède pas. Ulpien avait mis, sans doute, que le donateur peut réclamer l'esclave lui-même, et les compilateurs ont travesti sa pensée en la résumant, sans même s'apercevoir que le texte ainsi mutilé présentait alors un véritable non-sens.

110. C'est un point qui nous paraît fort délicat que celui de savoir s'il faut aussi accorder, au donateur *mortis causa*, l'*actio civilis in factum præscriptis verbis* dans le cas où il peut intenter la *condictio ob rem data*. Ces deux actions concourent-elles? Les auteurs se sont bornés jusqu'à ce jour à résoudre la question sans la discuter, pensant peut-être qu'elle n'est pas susceptible de doutes sérieux. Les uns refusent l'action

Digitized by Google

præscriptis verbis sans nous dire pour quel motif; les autres l'accordent, mais ils n'expliquent pas non plus leur solution. Enfin, d'autres encore passent la question sous silence. M. de Savigny dit que l'*actio præscriptis verbis* est expressément attribuée au donateur (*op. cit.*, § 171, t. IV, p. 259 de la traduction Guénoux), et Keller n'est pas moins affirmatif (*Pandecten*, § 69, p. 165 de la 2e édition). M. de Vangerow parle bien de l'action en revendication et de la *condictio*, mais il ne dit rien de l'*actio præscriptis verbis*. Est-ce pour l'exclure? Je le crois et j'interprète dans le même sens le silence de M. Ortolan sur ce point (*Inst. expliq.*, t. II, n° 558). M. Accarias est plus formel : il refuse nettement l'action *præscriptis verbis*. « Jamais, dit-il, les Romains n'ont considéré la donation *mortis causa* comme un contrat, et c'est pourquoi nous ne voyons pas qu'ils aient jamais autorisé le donateur à exercer l'action *præscriptis verbis* pour faire valoir la révocation » (*Théorie des contrats innomés*, p. 38.). M. Bufnoir se borne à exprimer un doute : on avait peut-être le choix entre la *condictio* et l'*actio præscriptis verbis* (*Théorie de la condition suivant le droit romain*, p. 488), et telle était dans tous les cas l'opinion des Proculiens (*op. cit.*, p. 143). C'est ce qu'enseigne aussi M. Pellat. Le savant doyen de la Faculté de Paris, déclare que l'action *præscriptis verbis* lui paraît difficilement admissible (*Textes choisis*, 2e édit., p. 151), tout en reconnaissant que les Proculiens l'accordaient (*De la propriété*, p. 282, texte, et note 1). On comprend parfaitement qu'en indiquant cette question d'une manière incidente, ces auteurs se soient contentés de faire connaître leur solution; mais dans une étude sur les donations à cause de mort, il faut voir cette difficulté de plus près.

Les auteurs qui accordent l'action *præscriptis verbis* invoquent deux textes en leur faveur (L. 30; L. 18, § 1, *De mortis causa donat.*, 39, 6). Écartons de suite le premier de ces textes : nous avons vu déjà plus haut que Savigny et Keller commettent une erreur grave en soutenant que dans ce texte le jurisconsulte Ulpien entend désigner l'action *præscriptis verbis* sous le nom d'*action utile*. Cette expression serait inexacte et le texte précédent, qui appartient aussi à Ulpien, nous montre que le jurisconsulte avait certainement en vue l'action utile en revendication.

Digitized by Google

Reste le second texte. Le voici :

Julien, L. 18, § 1, h. t. : « Si donaturus mihi mortis causa debitorem « tuum creditori meo delegaveris, omnimodo capere videbor tantam pecu- « niam quanta a creditore meo liberatus fuero. Quod si ab eodem ego sti- « pulatus fuero, eatenus capere existimandus ero, quatenus debiter sol- « vendo fuerit ; nam etsi convaluisset creditor idemque donator, condictione « aut in factum actione debitoris obligationem duntaxat reciperet. »

Comme nous avons déjà donné l'explication des deux hypothèses de ce texte, nous pouvons nous demander de suite quelle est cette action *in factum* dont parle Julien.

Est-ce l'action *præscriptis verbis?* MM. Savigny, Keller, Pellat, Bufnoir (*op. et loc. cit.*) le croient; mais comme ils ne développent pas leur pensée, je n'oserais affirmer que je sois l'interprète de leur opinion en donnent cette solution.

Voici, selon moi, les arguments que l'on peut donner à l'appui de leur opinion qui admet l'action *præscriptis verbis :* les motifs qui ont justifié l'extension de l'action *præscriptis verbis* aux contrats innomés s'appliquent à la donation à cause de mort. Partant de cette idée que les pactes joints *in continenti* à un contrat étaient réputés faire partie de ce contrat et obtenaient la même force obligatoire, les jurisconsultes romains s'étaient demandé pour quelle raison les pactes joints à une dation (tradition, *mancipatio*, *cessio in jure*) ne se soutiendraient pas aussi de la même manière. Telle fut la cause juridique des contrats *do ut des*, *do ut facias*, comme le prouve nettement une Constitution de l'empereur Maximien : cette Constitution décide que la dot constituée par la mère pourra être réclamée par l'action *præscriptis verbis*, si l'on a fait un pacte de restitution au moment de la constitution de cette dot (Const. 1, *De pactis conventis*, 5, 14). Eh bien ! dans les donations à cause de mort qui se faisaient par *datio*, un pareil pacte de restitution accompagnait toujours la translation de propriété, puisqu'il était entendu que la donation serait caduque par le prédécès du donataire. Aussi devait-on admettre l'action *præscriptis verbis* tant que l'opinion suivant laquelle la propriété serait retransférée *ipso jure* n'eut pas triomphé, et même après cette époque, dans le cas où il était certain que le donateur avait voulu transférer la propriété purement et simplement.

Digitized by Google

D'ailleurs, à la suite de modifications subies par la *condictio causa data causa non secuta*, il y eut identité quant aux conditions exigées pour l'exercice de cette action et pour celui de l'action *præscriptis verbis*. Or la *condictio causa data causa non secuta* existait toujours dans les donations à cause de mort: il n'y a donc nul motif pour refuser l'action *præscriptis verbis*: il faut donner le choix au donateur, comme le fait Julien dans la loi 18, § 1, citée. ERNEST GLASSON.

(*La suite à une autre livraison.*)

BIBLIOGRAPHIE.

LES CONSTITUTIONS D'EUROPE ET D'AMÉRIQUE,

Par MM. LAFERRIÈRE et BATBIE [1].

Compte rendus par M. Jules LEVEILLÉ, agrégé à la Faculté de droit de Paris.

J'ai là, sous la main, un ouvrage précieux qui arrive à son heure, et qui a le mérite d'épargner à ses lecteurs de longues et ennuyeuses recherches.

MM. Batbie et Laferrière, avec une patience de bénédictins et une exactitude de légistes, ont recueilli les Constitutions d'Europe et d'Amérique. Quelle riche collection nous en fournit la France, pour ne parler que d'elle! et cependant depuis le 8 septembre nous en avons reçu de la main de nos sénateurs une nouvelle; et M. Michel Chevalier nous a prédit qu'avant deux ans cette Constitution nouvelle serait elle-même remaniée.

Les auteurs, qui se sont livrés pour nous à cet utile mais pénible travail, sont connus dans la science. M. Laferrière est le fils d'un ancien inspecteur général des Facultés de droit, homme d'un rare talent, et, ce qui vaut mieux, d'un grand cœur, qui n'usait de ses fonctions que pour servir la jeunesse. Je me souviens qu'à mes débuts dans l'Université il me tendit, comme à tant d'autres, une main sympathique; c'est ainsi qu'il nous gagnait tous; et seul il se hâtait d'ou-

[1] Un volume, 700 pages; Cotillon, éditeur, rue Soufflot, 24.

Digitized by Google

blier les services qu'il avait rendus. Le fils porte dignement le nom du père; d'un libéralisme accentué, il a déjà livré ses premiers combats; il est dès maintenant une des étoiles de la jeune gauche. M. Batbie, son éminent collaborateur, n'a fait encore que de la politique doctrinale dans sa chaire de l'École de droit de Paris; mais l'avenir est réservé. M. Batbie ne déclinera pas toujours les devoirs de la vie publique.

Nos auteurs se sont systématiquement abstenus de toute appréciation à l'endroit des textes qu'ils rassemblaient; chaque lecteur peut donc, sans risque de se heurter à une critique désobligeante, chercher dans le tas sa Charte idéale. J'ai eu la curiosité de vérifier si M. Laferrière n'avait pas, en faveur de l'article 75 de la Constitution de l'an VIII, dérogé à son mutisme volontaire. Mais non, l'article est là, consciencieusement imprimé, sans aucune annotation désagréable.

Des tables faites à des points de vue différents, permettent de consulter avec fruit et sans perte de temps le volume qui nous occupe. Veut-on savoir, par exemple, comment sont organisés dans les divers pays le pouvoir exécutif, le pouvoir législatif, la représentation nationale, le droit d'interpellation, l'initiative des lois, leur amendement, etc.? Des indications très-claires vous mettent immédiatement sous la main les pages et les paragraphes dont on a besoin. L'éditeur a de plus établi une série de renvois au grand ouvrage de M. Batbie. sur le droit public et administratif [1], de sorte qu'à côté des textes il devient facile d'en placer le commentaire élevé et l'appréciation indépendante.

J'ai justement, pour ma part, voulu en faire l'expérience; et, choisissant le problème, à peine réglé chez nous, de la part qu'il convient de faire dans le gouvernement du pays au pays lui-même et au souverain, j'ai suivi à travers le volume des Constitutions les systèmes variés qu'ont adoptés les principaux États; puis j'ai cherché dans le grand ouvrage didactique de M. Batbie l'opinion que sur ce point considérable il professe.

Je suis arrivé aux mêmes conclusions que notre auteur : je pense sincèrement que le gouvernement personnel est pour le prince ce qu'il y a de plus dangereux à la fois et de

[1] Sept volumes; Cotillon, éditeur.

Digitized by Google

plus inutile. Le pouvoir remis tout entier aux mains du souverain lui impose en retour la responsabilité tout entière; il n'y a pas de monarque que n'écrase bientôt cette responsabilité surhumaine. D'autre part, sous le régime parlementaire lui-même, dès que le chef de l'État a quelque valeur individuelle, il est impossible que ce chef n'influe pas plus ou moins ouvertement sur la direction générale des affaires. Le sénatus-consulte de 1869, qui a restitué aux Chambres leurs attributions parlementaires, est donc une amélioration dont non-seulement le pays, mais les partisans de la dynastie eux-mêmes, devraient s'applaudir.

Qu'on me permette, puisque j'ai touché ce sujet délicat, d'ajouter quelques observations encore. La substitution d'un pouvoir partagé au pouvoir dictatorial d'un seul n'est pas, comme on se l'imagine communément, un fait particulier à l'ordre politique. La même évolution s'est réalisée sous nos yeux et de nos jours, dans l'ordre industriel. Depuis dix ou douze ans, quand nous étudiions l'organisation des sociétés commerciales, nous attaquions l'omnipotence abusive des gérants de commandite; nous demandions, nous avons fini par obtenir, que l'administration des intérêts sociaux passât plus ou moins complétement aux actionnaires. La question ainsi débattue sur le terrain économique était identique à celle qu'ont en 1869 abordée sur le terrain constitutionnel les cent-seize.

Ce n'est pas tout. Dans l'ordre religieux, des théologiens, mal inspirés, croyons-nous, et qui semblent en vérité possédés du besoin de compromettre l'Église, songent à provoquer du prochain concile une déclaration dogmatique de l'infaillibilité absolue du pape, légiférant en dehors des conciles et sans le concours des évêques. Mgr Maret, dans un livre aussi courageux que profond, dénonce la gravité et le péril d'une telle innovation. Il appartient à nos pasteurs de prendre parti dans une controverse, qui excède notre compétence. Mais, ne jugeant la cause que du point de vue humain, nous trouverions fâcheux que les docteurs du catholicisme conférassent au pape la dictature et l'infaillibilité, à l'instant précis où les thèses absolutistes succombent partout dans le monde.

JULES LEVEILLÉ.

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL

De la Jurisprudence en matière civile.

Par M. Gabriel DEMANTE,
professeur de Code Napoléon à la Faculté de droit de Paris.

HYPOTHÈQUE GÉNÉRALE. — RÉQUISITION LIMITÉE.
RESPONSABILITÉ DES CONSERVATEURS.

En principe, les hypothèques soit légales, soit judiciaires, atteignent d'une façon générale tous les immeubles du débiteur. Conséquemment, pour l'inscription de ces hypothèques, il n'y a pas à mentionner « l'indication de l'espèce et de la situation des biens. » (C. Nap., art. 2148-5°.)

L'inscription doit seulement contenir la désignation du créancier, du débiteur et de la créance (art. 2153.)

Dans ce cas, dit expressément la loi (art. 2148-5°), la désignation des biens affectés *n'est pas nécessaire*. Si elle a été faite, c'est donc une mention surabondante et les immeubles non désignés ne sont pas moins atteints par l'inscription dans l'arrondissement du bureau. *Utile per inutile non vitiatur.*

Cette solution va sans difficulté, lorsque rien n'annonce de la part du créancier l'intention de restreindre l'étendue de son droit, et que conséquemment la désignation de l'immeuble peut être considérée comme une énonciation purement explétive.

Mais en sera-t-il de même si le créancier a expressément limité sa réquisition à tels immeubles, en excluant formellement tous les autres? Ne peut-on pas dire, dans ce cas, que l'inscription est inexistante quant aux immeubles exclus? Je ne le pense pas. L'inscription est une formalité toute matérielle; l'efficacité en est subordonnée à l'observance des conditions légales; il serait dangereux et contraire à la simplicité pratique de permettre à la volonté des parties d'y introduire ces complications.

Lorsqu'il n'est pas justifié d'une restriction valable du droit d'hypothèque en lui-même, le conservateur ne doit tenir au-

Digitized by Google

cun compte des énonciations restrictives contenues dans la réquisition d'inscription. Le créancier, sans doute, en omettant l'inscription, pouvait ne pas exercer son droit; mais l'exerçant, il l'exerce tel qu'il est. Dans l'espèce, il a requis l'inscription contre son débiteur; par cela même, à raison de la généralité de l'hypothèque, tous les immeubles de ce débiteur sont atteints par ladite inscription.

Ce raisonnement s'applique à toutes les hypothèques générales, soit légales, soit judiciaires; mais quant aux hypothèques légales, il se fortifie par la considération de l'incapacité du créancier.

Ce créancier (la femme mariée, le mineur ou l'interdit) ne peut par sa seule volonté, directement restreindre son droit d'hypothèque en lui-même. Il ne peut davantage compromettre l'efficacité de ce droit en en restreignant arbitrairement l'exercice. Ce n'est donc rien faire, dans l'espèce, que d'invoquer la volonté du créancier, puisque cette volonté est celle d'un incapable, protégé contre lui-même. D'autre part, si la réquisition limitée provient du représentant de l'incapable ou d'un tiers officieux, l'acte de ce mandataire légal ou de ce gérant d'affaires doit être divisé: bon pour améliorer la condition de l'incapable, il ne peut l'empirer.

Nous arrivons ainsi par un autre procédé à la conclusion précédemment indiquée, à savoir que, dans la réquisition limitée d'une inscription hypothécaire, la limitation passe et la réquisition subsiste. La désignation de l'immeuble est une disposition accessoire, surabondante, explétive, qui est considérée comme non écrite; la disposition principale, qui est la réquisition, subsiste et demeure pure et simple.

Notre doctrine est contredite par un arrêt de la Cour impériale de Paris, du 15 février 1858 (*Pal.*, 1858, p. 576. — S., 1858, 2, 555), décidant, en thèse générale, que les ayants droit à une hypothèque légale, « qui peuvent s'abstenir abso-« lument de la faire inscrire, peuvent, à plus forte raison, « limiter l'inscription à certains immeubles déterminés; que « dans beaucoup de cas, cette restriction concilie la conser-« vation des droits des parties avec les ménagements com-« mandés par les liens de famille,... » etc.

Un arrêt de la Cour impériale de Limoges, du 6 août 1861 (*Pal.*, 1861, p. 1081. — Sir., 1861, 2, 479), statue dans le

Digitized by Google

même sens, par ces motifs d'une subtilité remarquable : « Attendu que l'hypothèque légale de la femme est générale;... qu'elle ne peut être restreinte que par une clause « du contrat de mariage ou d'après les formalités de l'article 2144 du Code Napoléon; — Qu'il n'en est pas de « même de sa publicité; que les intéressés à la produire, « pouvant ne pas la réclamer, ont incontestablement[1] la « faculté de la spécialiser; que la différence entre cette « hypothèque et son inscription est manifeste, l'une étant « le droit occulte, indivisible, sans limite, et l'autre le fait « patent, borné par ses termes et de nature à se fractionner;..... Attendu que les obligations faites aux conservateurs sont non-seulement d'accord avec ces principes, « mais encore qu'elles les justifient; qu'en effet ces fonctionnaires ne sont tenus, d'après l'article 2196, de délivrer « copie que des *inscriptions existantes sur leurs registres*, et « ne sont responsables que de l'omission, dans leurs certificats, de celles inscrites; qu'ils n'ont qu'à voir le fait « matériel pour le constater, tel qu'il a été requis, tel qu'il « est circonscrit, et non à juger ou apprécier ce fait pour « l'étendre ou le généraliser,.....» etc.

D'après Troplong, il faudrait distinguer suivant que l'inscription de l'hypothèque légale est requise indépendamment de la procédure de purge, ou, au contraire, à la suite des notifications tendant à purger l'immeuble aliéné. Dans le premier cas, régi par l'article 2153 du Code Napoléon, « spécialiser les choses hypothéquées, serait une chose tout « à la fois inutile et gênante[2]. » Dans le second, régi par l'article 2195, l'inscription « n'est que spéciale. Elle ne « protége l'hypothèque de la femme que pour l'immeuble « soumis au purgement, et formant l'objet du contrat dont « l'exposition est dénoncée. Ce n'est pas une inscription « couvrant tous les immeubles que grève l'hypothèque générale de la femme ou du mineur[3].» Le savant jurisconsulte affirme ici plus qu'il ne démontre, mais sa distinction, au

[1] *Incontestablement!* Voilà une affirmation tranchante qui porte précisément sur le nœud de la controverse.

[2] Troplong, sur l'article 2153, *Priviléges et hypothèques*, t. III, n° 709.

[3] Troplong, sur l'article 2195, *ibid.*, t. IV, n° 991.

Digitized by Google

premier abord, semble appuyée par le texte du Code. En effet, l'article 2194 porte que, pendant le délai de deux mois « les femmes, les maris, tuteurs, subrogés tuteurs, mineurs, « interdits, parents ou amis, et le procureur impérial, seront « reçus à requérir, s'il y a lieu, et à faire faire au bureau « du conservateur des hypothèques, des inscriptions *sur « l'immeuble aliéné*,... » etc. L'article 2195 dit également : « Si dans le cours des deux mois de l'exposition du contrat, « il n'a pas été fait d'inscription du chef des femmes, mi- « neurs ou interdits *sur les immeubles vendus*...» etc.

D'où il paraît résulter que l'inscription, requise déterminément *sur l'immeuble* ou *sur les immeubles aliénés*, n'atteint pas les autres immeubles du mari ou du tuteur. Si l'on admet cette solution, au cas des articles 2194 et 2195 du Code Napoléon, il faut l'admettre également au cas de l'article 692 (nouveau texte) du Code de précédure civile, c'est-à-dire au cas où la purge légale est opérée pendant le cours des opérations de la saisie immobilière. Là encore, la loi parle déterminément d'inscriptions à prendre *sur l'immeuble exproprié*.

Cet argument, tiré des textes, saisissant au premier abord, disparaît devant un examen réfléchi de ces mêmes textes. Si la loi parle déterminément des immeubles aliénés ou expropriés, c'est pour dire que, nonobstant l'aliénation ou la saisie, l'inscription des hypothèques peut être opérée encore pendant un certain délai. Quant aux immeubles du mari ou du tuteur, qui ne sont ni aliénés ni expropriés, la loi n'avait pas à en parler à propos des règles sur la purge. Il va sans dire que l'inscription peut atteindre ces immeubles sans qu'ils soient désignés (art. 2153). Si la réquisition d'inscription, faite à la suite des notifications tendant à la purge, a été limitée à l'immeuble aliéné ou saisi, qu'en peut-on conclure, relativement aux autres immeubles du débiteur ? Tout au plus on peut prétendre qu'à raison des circonstances où la réquisition s'est produite, la volonté présumée du requérant est de ne pas atteindre les immeubles non désignés. Si l'on admet ce résultat par induction des circonstances, en vertu de la volonté présumée du requérant, c'est-à-dire du créancier lui-même ou de son représentant, à plus forte raison faudra-t-il l'admettre si la vo-

Digitized by Google

lonté du créancier est expresse et exclut formellement de la réquisition tels ou tels immeubles du débiteur.

L'argument *à fortiori* me paraît invincible.

C'est pourtant à une conséquence toute contraire qu'aboutit un arrêt de *cassation* du 6 décembre 1865 (*Pal.*, 1866 p. 288. — *Sir.*, 1866, 1, 117), dont la doctrine a été suivie par la Cour de renvoi (Limoges, 1er février 1869, *Pal.*, 1869, p. 705).

Comme on a fait des efforts ingénieux pour concilier par une distinction l'arrêt de cassation avec les arrêts antérieurs des Cours impériales, il importe de démontrer que la distinction est insoutenable, la conciliation impossible, et que, malgré la réticence de ses motifs, l'arrêt de cassation opère un complet revirement de la jurisprudence sur notre question.

Dans l'espèce, à la date du 8 mai 1861, la dame Lameyrie avait fait inscrire son hypothèque dans les termes suivants : « Sur tous les immeubles passés, présents et à venir du sieur « Lameyrie, situés dans l'arrondissement de Nontron, quelles « que soient leur nature et leur situation, *en excluant* ceux « vendus par lesdits époux Lameyrie au sieur Charles Léger, « par contrat reçu de Me Fraigniaud, notaire à Nontron, le « 4 février 1861, transcrit le 5 du même mois. » Le sieur Léger ayant requis l'état des inscriptions grevant les immeubles par lui acquis, le conservateur porta dans cet état l'hypothèque légale de la dame Lameyrie comme ayant été inscrite le 8 mai 1861. Les époux Léger ont alors assigné le conservateur des hypothèques, pour qu'il eût à retrancher de son état l'inscription de l'hypothèque légale qui, suivant eux, ne frappait pas l'immeuble vendu le 4 février 1861. Leur demande a été accueillie par jugement du tribunal de Nontron du 4 août 1862, confirmé sur appel, avec adoption pure et simple des motifs, par arrêt de la Cour impériale de Bordeaux, du 24 juillet 1863 (*Pal.*, 1864, p. 409).

Voici quelques extraits de ces motifs : « Attendu, en droit, « que si l'hypothèque légale de la femme frappe indistincte- « ment et d'une manière latente, générale et absolue tous les « immeubles de son mari, cette hypothèque ne se manifeste « vis-à-vis des tiers que par l'inscription; *qu'elle peut se limiter* « *et se fractionner* selon que la femme s'inscrit sur quelques

Digitized by Google

« immeubles et ne s'inscrit pas sur d'autres; que c'est ce qui « arrive tous les jours dans la pratique en matière de purge, « ou lorsque, dans les saisies immobilières, le procureur im- « périal ou la femme elle-même prend inscription sur les « immeubles saisis; que *ces inscriptions spéciales*, frappant un « immeuble déterminé, *ne peuvent s'étendre à d'autres im- « meubles non mentionnés dans les inscriptions*[1]; que la femme « qui a la faculté de ne prendre aucune inscription dans la « procédure de purge, a *évidemment*[2] celle de ne s'inscrire « que sur quelques immeubles seulement, *ainsi que la femme « Lameyrie l'a fait;* — Attendu, d'ailleurs, que la question de « savoir si la femme a le droit de restreindre ou non son hy- « pothèque légale, sans l'observation des formalités prescrites « par l'article 2144 du Code Napoléon, est étrangère aux con- « servateurs; qu'ils n'ont pas reçu une mission de la loi de « veiller aux intérêts des femmes, et que leur unique obliga- « tion est d'obéir aux réquisitions qui leur sont faites, et de « délivrer copie des inscriptions subsistantes sur leurs regis- « tres, d'après l'article 2196 du Code Napoléon; qu'ils ne sont « responsables, d'après l'article 2197, que de l'omission, « dans leurs certifications, de celles inscrites; qu'*ils n'ont « donc*, ainsi que l'a dit la Cour de Limoges[3], *qu'à voir le fait « matériel*, pour le constater tel qu'il est circonscrit, et non « à juger et à apprécier le fait, pour l'étendre et le généra- « liser,.... » etc.

Par l'arrêt de *cassation* précité, du 6 décembre 1865, la Cour suprême, au rapport de M. le conseiller Gastambide, a statué dans les termes suivants : « ...Attendu que l'inscrip- « tion du 8 mai 1861, objet du litige, a été prise dans la « forme indiquée pour les hypothèques légales par les ar- « ticles 2148 *in fine* et 2153, sans déterminer l'espèce ni la si- « tuation particulière des biens et avec mention qu'elle por- « tait sur tous les immeubles présents, passés et à venir du « mari; qu'*à la vérité il a été déclaré dans ladite inscription*

[1] Cela est conforme à la doctrine de Troplong (V. ci-dessus, p. 483); mais c'est précisement le point en question.

[2] *Évidemment!* Encore une affirmation qui porte sur le nœud du litige.

[3] C'est le premier arrêt de cette Cour, du 6 août 1861, cité ci-dessus, p. 482.

Digitized by Google

« *que l'immeuble vendu à Léger en était* exclu; — Mais attendu « qu'il ne pouvait appartenir au conservateur de décider si « cette déclaration d'exclusion devait produire, à l'égard de « l'immeuble dont s'agit, les mêmes conséquences qu'un dé- « faut d'inscription, ou si, en dehors des conditions pres- « crites par les articles 2140 et 2144, ladite déclaration « suffisait pour soustraire cet immeuble aux effets de l'hy- « pothèque légale *inscrite dans les termes généraux* qui viennent « d'être rappelés :... Casse, » etc.

En rapportant cet arrêt, l'annotateur du *Journal du Palais* fait observer qu'il ne s'agissait pas d'une inscription régie par les articles 2194 du Code Napoléon et 692 du Code de procédure, auquel cas, suivant la doctrine de Troplong, l'inscription porte spécialement sur l'immeuble aliéné ou exproprié. « Notre arrêt, dit-il dans une note fort substantielle, a pris « soin de constater qu'il ne s'agissait pas d'une inscription de « cette dernière sorte, mais bien d'une inscription régie par « les articles 2153 et 2148 *in fine*, en ce qu'elle avait été prise « à titre général c'est-a-dire, sur tous les immeubles du « mari... A l'inscription ainsi formulée... avait été jointe, il « est vrai, *la déclaration qu'un certain immeuble précédemment « vendu... était exclu* de l'hypothèque inscrite. Mais là précisé- « ment surgissait la question de droit. La femme avait-elle « pu par sa déclaration empêcher l'effet de la généralité de « l'hypothèque légale et de l'inscription de cette hypothè- « que?... Tout cela était à examiner mais entre la femme ou « ses représentants et l'acquéreur de l'immeuble qui préten- « dait cet immeuble affranchi de l'hypothèque. Quant au « conservateur, que pouvait-il faire, si ce n'est reproduire « dans l'état d'inscriptions concernant cet immeuble, la « teneur entière d'une inscription d'hypothèque légale *où « l'immeuble avait été mentionné*,... » etc.

Étrange résultat! L'inscription, dans l'espèce, atteint l'immeuble vendu précédemment au sieur Léger, parce que cet immeuble a été mentionné dans l'inscription, mentionné pour en être formellement exclu. Ainsi une exclusion formelle et explicite est inefficace quant aux effets de l'inscription, et l'on continuerait de soutenir qu'une réquisition limitée rend l'inscription spéciale, alors que cette réquisition n'opère qu'implicitement l'exclusion des immeubles non désignés! La

Digitized by Google

volonté présumée et quelque peu équivoque des parties produirait plus d'effet que leur volonté expresse et manifeste! Un tel résultat me paraît monstrueux.

L'arrêt de la chambre civile, portant cassation de l'arrêt de Bordeaux, me paraît en contrariété directe avec l'arrêt de Limoges dont le jugement du tribunal de Nontron avait invoqué l'autorité. Chose remarquable! c'est devant la Cour de Limoges que l'affaire a été renvoyée, et cette Cour, par son arrêt précité du 1er février 1869, a consacré de tous points la doctrine de la Cour de cassation. A-t-elle cru, comme l'arrêtiste du *Journal du Palais*, que cette doctrine était conciliable avec sa jurisprudence antérieure? ou a-t-elle entendu revenir sur cette jurisprudence? C'est là un point qu'il nous importe peu d'éclaircir; mais ce qu'il importe de constater, car ce point intéresse grandement la responsabilité des conservateurs, c'est que la conciliation repose sur une distinction tellement subtile et aboutit à un résultat si étrange que vraisemblablement elle ne saurait être maintenue. Que les conservateurs se tiennent pour avertis; qu'ils ne se fient, sur la question proposée, ni à la doctrine de Troplong, ni aux arrêts antérieurs des Cours impériales.

L'arrêt de *cassation* du 6 décembre 1865 a ruiné la distinction, précédemment faite, entre la restriction du droit d'hypothèque et la restriction du fait matériel de l'inscription. Le rédacteur de l'arrêt à sans doute agi prudemment en concentrant la portée des motifs sur le point en litige et en réservant la décision à rendre dans d'autres circonstances que celles de l'espèce. Mais la réticence de l'arrêt sur ce point n'emporte pas la consécration de la jurisprudence antérieure des Cours impériales. La conciliation, tentée par l'arrêtiste, me paraît impossible et, la logique aidant, le revirement ne manquerait pas un jour de s'accomplir en entier.

G. DEMANTE.

Digitized by Google

DE LA QUOTITÉ DISPONIBLE DE DROIT COMMUN, ET DES QUOTITÉS DISPONIBLES SPÉCIALES.

Par M. A. BERTAULD, professeur à la Faculté de droit de Caen.

L'existence d'une quotité disponible de droit commun et de quotités disponibles d'exception se recommande sans doute sous certains aspects ; mais n'est-elle pas la source de grands embarras?

Parmi les nombreuses difficultés qu'elle a soulevées, il en est qu'il y a, je le crois du moins, un véritable intérêt à rapprocher. Pour bien interpréter l'article 1098 du Code Napoléon, il ne suffit pas de ne le point séparer de l'article 1094; les deux disponibles entre époux doivent être mis en regard du disponible spécial établi pour déterminer ce que l'enfant naturel peut recevoir de ses père et mère.

Je veux essayer de trouver dans le rapprochement de trois problèmes le moyen de jeter sur eux quelque jour.

Sont-ils dominés par des principes communs? Voilà ce qui va faire l'objet de mon examen.

§ 1er.

Un veuf ou une veuve, ayant enfants d'un premier lit, contracte une seconde union et assure par contrat de mariage à son nouvel époux une *part d'enfant*. L'époux donateur meurt, laissant une fortune de 60,000 francs, cinq enfants de ses deux lits, son conjoint donataire et un légataire universel.

La quotité disponible ordinaire est de 15,000 francs, la réserve de 45,000 francs. Chacun des enfants a 9,000 francs. L'époux survivant prend, aux dépens de la quotité disponible, 9,000 francs. Le légataire universel a 6,000 francs. Dans cette hypothèse il n'y a pas de controverse.

Mais je suppose que la donation faite au second époux soit de 10,000 francs, les autres circonstances de la précédente espèce restant les mêmes.

Le légataire universel aura-t-il 6,000 francs ou seulement 5,000 francs ?

L'époux survivant n'aura-t-il que 9,000 francs? n'aura-t-il pas 9,166 fr. 66 c.?

Digitized by Google

Pour soutenir que le légataire universel n'aura que 5,000 francs, on dit :

Vis-à-vis du légataire universel, la donation faite au second époux n'est pas excessive; d'ailleurs, aux termes de l'article 921, les réservataires seuls peuvent exercer l'action en réduction et en avoir le profit; le bénéfice du retranchement doit appartenir exclusivement aux cinq enfants. Ils auront donc chacun 9,000 francs et se répartiront 1,000 francs retranchés à l'époux. En d'autres termes ils se partagent 46,000 francs. C'est le système de M. Grenier, n° 708, et de M. Troplong (*Donations et testaments*, t. IV, n°s 2728, 2729, 2730).

Ne peut-on pas objecter que dans ce système l'époux n'a pas une part d'enfant; il n'a que 9,000 francs, tandis que chacun des enfants a 9,200 francs. Ne faut-il pas faire de la réserve de 45,000 francs et des 10,000 francs donnés au conjoint une masse, et diviser cette masse de 55,000 francs en six parts égales, pour attribuer l'une d'elles à l'époux qui aura ainsi 9,166 fr. 66 c.?

On peut soutenir que ce dernier système ne viole pas l'article 921 et n'est qu'une application de l'article 922 du Code Napoléon.

Il ne viole pas l'article 921 parce que l'époux ne doit pas subir une réduction de 1,000 francs. Il a droit à une part d'enfant qui est de 9,166 fr. 66 c. Donc la réduction n'est que de 833 fr. 34 c.

C'est le système de Delvincourt, tome II, page 443, de Vazeille sur l'article 1098, n° 17.

Le légataire universel ne pourrait-il pas, pour obtenir 6,000 francs, s'emparer de l'argument de l'époux?

Voici comment il raisonnerait :

« Je demande que la masse soit composée de tous les éléments qui font partie de la succession ou qui ont été distraits à titre gratuit du patrimoine du *de cujus*. La masse est de 60,000 francs : je ne prétends rien réclamer des 10,000 francs qui sont aux mains de l'époux survivant; je trouve mes 6,000 francs dans l'hérédité; je réclame seulement l'imputation sur la réserve des cinq enfants, des 1,000 francs qu'ils peuvent, par l'exercice de l'action en réduction, obtenir de l'époux donataire. Ils auront ainsi 45,000 francs; l'époux

Digitized by Google

aura, comme chacun d'eux, 9,000 francs, et moi je profiterai de 6,000 francs. »

C'est le système de M. Ancelot sur Grenier, note du n° 715.

Le raisonnement du légataire universel est le raisonnement de M. Demolombe (t. XXIII, n° 514) lorsqu'il s'agit de la quotité disponible de l'article 1094 et que cette quotité est inférieure à la quotité de l'article 913, par exemple dans le cas où l'époux donateur qui n'a pas d'enfants d'un précédent lit, laisse un conjoint donataire de moitié en propriété de sa fortune, un enfant né de leur mariage et un légataire universel. Celui-ci peut obtenir, d'après M. Demolombe, un quart de la succession en nue propriété, en exigeant l'imputation, sur la réserve de l'enfant, de ce quart en nue propriété.

Ce que l'on peut dire d'un légataire universel, on pourrait le dire aussi d'un légataire à titre particulier de l'excédant de la quotité disponible ordinaire, sur la quotité disponible spéciale, ou d'un légataire à titre particulier d'une valeur supérieure, parce que, bien entendu, ce dernier legs serait ramené aux limites de cet excédant.

Cette théorie, ne conviendrait-il pas de la transporter à la quotité disponible de l'article 1098, quand cette quotité est inférieure à la quotité de l'article 913 ?

C'est bien là ce que font MM. Aubry et Rau, sous le § 685; ils ne paraissent pas faire de distinction entre l'hypothèse de l'article 1094 et l'hypothèse de l'article 1098. Dans l'une et dans l'autre, ils admettent les donataires et les légataires à exiger, sinon la réduction proprement dite, du moins l'imputation, sur la réserve de l'article 913, de l'émolument de la réduction.

« En cas de concours de dispositions faites à des personnes au profit desquelles le défunt pouvait disposer de toute la portion disponible ordinaire, avec des dispositions en faveur de personnes à l'égard desquelles la portion disponible était plus restreinte, les donataires ou légataires de la première espèce ont le droit, lorsqu'ils sont eux-mêmes recherchés en réduction de leurs donations ou legs, et que les dispositions faites en faveur des donataires ou légataires de la deuxième espèce excèdent la quotité de biens dont ceux-ci pouvaient être gratifiés, de demander que ces dernières dispositions

Digitized by Google

soient avant tout réduites à la mesure légale. » (§ 685, p. 577 de la 3e édition).

Cette proposition est bien générale. N'implique-t-elle pas que MM. Aubry et Rau arrivent à la solution de M. Ancelot?

Mais sous le § 690 MM. Aubry et Rau enseignent le système de Delvincourt et de Vazeille.

« Le nouvel époux a également le droit de participer dans la proportion d'une part d'enfant à la réduction des dispositions faites en sa faveur, en ce sens qu'il est autorisé à demander que le montant de cette réduction soit fictivement réuni à la masse pour le calcul de la part d'enfant qui lui revient. » (T. V, p. 628.)

Bientôt, et à la même page, MM. Aubry et Rau s'expriment comme si leur système était celui de Grenier et de M. Troplong.

« La restriction apportée à la quotité disponible ordinaire par l'article 1098 n'a été directement établie qu'en faveur des enfants issus d'un précédent mariage. La différence qui existe entre les deux portions disponibles constitue en faveur de ces enfants *une augmentation relative de la réserve.* »

Si cette dernière idée est vraie, si la différence en moins entre la quotité disponible spéciale et la quotité disponible ordinaire est un *supplément de réserve*, comment autoriser les donataires et légataires à faire imputer ce supplément sur la réserve ordinaire? N'est-ce pas les payer de ce qui leur est dû à un titre avec ce qui leur appartient à un autre titre, c'est-à-dire les dépouiller et ne pas les payer? Comment aussi concilier le système de répartition, entre les enfants et l'époux, de ce qui, dans la libéralité faite à ce dernier, excède la quotité disponible ordinaire, si l'on admet que cet excédant doit profiter au donataire et au légataire?

Nous l'avouons, la doctrine de MM. Aubry et Rau ne nous paraît pas exempte d'incohérence.

Nous croyons qu'il y a place à une distinction.

Si la libéralité faite au second époux, aux dépens de la quotité disponible, excède la part des enfants dans la réserve, mais n'excède pas le quart de la masse, l'excédant doit être réparti entre les enfants et l'époux, puisque c'est le seul moyen d'attribuer à celui-ci toute la quotité disponible spéciale. Sans

Digitized by Google

cette imputation, la prétendue réduction serait une révocation partielle.

Que si au contraire la libéralité, faite au second époux, excède le quart de la masse, l'excédant du quart ne saurait être réparti entre l'époux et les enfants, puisque cette répartition aurait toujours pour effet de laisser au second époux plus que le quart. La réduction serait incomplète.

En appliquant cette distinction à l'espèce proposée : une masse de 60,000 francs, cinq enfants, une donation à un nouvel époux de 10,000 francs et un legs universel, l'époux a droit, non pas à 9,000 francs, mais à 9,166 fr. 66 c.

Supposons que le défunt n'ait laissé que deux enfants avec une fortune de 60,000 francs; qu'il en ait distrait 20,000 au profit du second époux et qu'il ait institué un légataire à titre particulier de 5,000 francs.

La réserve est de 40,000 francs.

La quotité disponible ordinaire est de 20,000 francs.

La quotité disponible spéciale est de 15,000 francs; elle est moindre qu'une part d'enfant.

On ne pourrait faire participer l'époux à la différence entre les deux quotités sans lui attribuer plus que la loi ne lui permet de recevoir.

A qui, dans cette dernière espèce, appartiendront les 5,000 francs que l'époux ne peut garder? Est-ce au légataire universel, est-ce aux deux enfants?

Ils appartiennent aux deux enfants s'ils constituent un supplément de réserve, et c'est une des idées de MM. Aubry et Rau, l'idée de la page 628.

Ils appartiennent au légataire universel si, *en cas de concours de dispositions faites à des personnes au profit desquelles le défunt pouvait disposer de toute la portion disponible ordinaire, avec des dispositions en faveur de personnes à l'égard desquelles la portion disponible était plus restreinte, les donataires ou légataires de la première espèce ont le droit, lorsqu'ils sont eux-mêmes l'objet d'une demande en réduction, et que les dispositions faites en faveur des donataires ou légataires de la deuxième espèce excèdent la quotité de biens dont ceux-ci pouvaient être gratifiés, de demander que ces dispositions soient, avant tout, réduites à la mesure légale.*

Digitized by Google

Cette dernière idée appartient aussi à MM. Aubry et Rau, qui le développent à la page 577.

Comme MM. Aubry et Rau, M. Demolombe, tome XXIII, n° 568, étend à l'article 1098 la théorie qu'il a exposée sur l'article 1094. Il accorde au donataire postérieur à l'époux ou au légataire la *différence* entre le disponible spécial et le disponible ordinaire; il reconnait à l'intéressé, donataire ou légataire, le droit de faire imputer, sur la réserve de l'article 913, ce que l'action en réduction contre le nouvel époux peut y ramener.

De quelle *différence* le jurisconsulte parle-t-il?

Est-ce de l'excédant de la libéralité sur la part des enfants dans la réserve? Est-ce de l'excédant sur le quart de la succession?

S'il parle de l'excédant de la libéralité sur la part des enfants dans la réserve, cette solution contredit le système de répartition qu'il a adopté sous le n° 514 du tome XXIII, c'est-à-dire le système de Delvincourt et de Vazeille.

S'il parle de l'excédant de la libéralité sur le quart de la succession, il s'expose à une autre objection; il contredit l'idée que la restriction de la quotité disponible ordinaire constitue pour les enfants un supplément de réserve.

Dans les espèces discutées par lui, M. Demolombe n'a jamais mis le nouvel époux donataire en face d'un légataire universel ou d'un légataire à titre particulier d'une valeur supérieure à la différence entre la quotité disponible spéciale et la quotité disponible ordinaire.

Les divers développements dans lesquels est entré M. Demolombe échappent-ils d'une manière absolue aux objections que soulèvent les théories de MM. Aubry et Rau? N'offrent-ils pas aussi quelques traces d'indécision, par exemple, quand M. Demolombe (t. XXIII, n° 569) examine le point de savoir si l'époux donateur ne révoque point partiellement la donation en faveur du nouvel époux, en disposant ultérieurement de la quotité disponible, soit au profit d'un étranger, soit au profit d'un des enfants avec clause de préciput, il suppose que la disposition ainsi faite peut réduire la donation du second époux à une portion de quotité disponible égale à la part des enfants dans la réserve? N'est-ce point oublier que ce qui, dans la libéralité dont le conjoint est bénéficiaire, excède la part

Digitized by Google

de réserve des enfants, se répartit entre les enfants et l'époux, sous la seule condition que la part attribuée à celui-ci ne dépasse point le quart de la masse?

M. Demolombe se rallie-t-il à Delvincourt et à Vazeille? se rallie-t il au contraire à M. Ancelot? Le lecteur peut éprouver sur ce point quelque incertitude.

Ce qui est certain, c'est que M. Demolombe n'est pas de l'avis de Grenier et de M. Troplong.

Il y a entre M. Troplong et M. Demolombe trois différences doctrinales qui doivent être signalées:

1° D'après M. Troplong, ce qui, dans la libéralité conférée au second époux, excède la quotité disponible spéciale, appartient toujours aux enfants, à l'exclusion de l'époux lui-même.

2° D'après M. Troplong, le donataire postérieur au second époux, ou le légataire, ne saurait, dans le cas de l'article 1098, forcer les enfants à imputer sur leur réserve ce que l'époux a en trop.

3° D'après M. Troplong, dans le cas de l'article 1094, ce qui, dans la libéralité faite à l'époux, excède la quotité disponible spéciale, profite au donataire postérieur ou au légataire, et fait ainsi partie du disponible ordinaire. Non-seulement les donataires postérieurs à l'époux ou les légataires peuvent forcer les enfants à imputer l'excédant de la quotité disponible spéciale sur leur réserve (et sur ce point il n'y a pas de désaccord entre M. Troplong et M. Demolombe), mais ils peuvent eux-mêmes (et c'est là où il y a dissidence) faire opérer la réduction et affecter ce qui est retranché à l'exécution de leurs donations ou de leurs legs.

M. Demolombe, dans ce dernier cas, accorde bien au donataire postérieur à l'époux et au légataire, le droit d'exiger l'imputation sur la réserve; mais il leur dénie le droit de faire opérer la réduction pour en avoir directement le bénéfice; il leur concède le secours de l'article 922, mais il leur applique l'article 921.

M. Demolombe se livre à une controverse très-vive contre M. Troplong sur cette dernière question. Cependant il néglige, dans sa réfutation, la proposition principale sur laquelle est fondée la solution qu'il combat.

Digitized by Google

Nous reproduisons la partie la plus importante de l'argumentation de M. Troplong.

«L'article 921 est édicté pour le cas où il n'y a qu'une seule quotité disponible. On conçoit qu'alors on n'admette de réclamation contre les libéralités excessives que de la part des réservataires; eux seuls sont lésés; ce qui est donné en sus du disponible est pris sur leur légitime, et c'est seulement à cause de cette inofficiosité du disposant, que sa libéralité, d'ailleurs irrévocable, est sujette à réduction. Les enfants ne font que réclamer en quelque sorte la restitution de ce qui leur appartient dans l'origine et qui leur a été indûment enlevé. Ils sont donc fondés à élever la voix. Mais qui pourrait comprendre la plainte d'un tiers auquel le disposant ne devait rien? Quel motif aurait-il de critiquer une donation excessive faite avant la sienne? Est-ce que tout n'était pas disponible à son égard?

« Il n'en est pas de même lorsque, comme dans la matière toute spéciale qui nous occupe, il y a deux quotités disponibles qui doivent se concilier. Quand le donateur se répand en libéralités exagérées sur le conjoint qui ne peut recevoir que dans une certaine limite, quand il lui donne plus que la loi ne permet de lui donner, quand par exemple il lui fait don de la moitié de tous ses biens, alors que l'article 1094 ne permet de donner qu'un quart en propriété et un quart en usufruit, il empiète (notons bien ceci) non pas sur la réserve, mais sur la seconde quotité disponible, et c'est pour cette raison qu'on doit autoriser le donataire de cette seconde portion à réclamer pour faire cesser un tel empiétement. Nous disons que le donateur n'empiète pas sur la réserve; et en effet, dans l'espèce proposée elle est de moitié, et nous supposons que l'enfant a sa moitié intacte. De quoi donc cet enfant se plaindrait-il, lui qui est rempli de sa légitime? Où serait l'intérêt qui pourrait motiver sa plainte d'inofficiosité? Nous ajoutons que le disposant a empiété sur la seconde quotité disponible, et rien n'est plus évident; car sur quoi aurait-il commis cet excès de pouvoir, puisque la réserve demeure saine et sauve? Si donc il a donné à sa femme plus que le *maximum* autorisé par l'article 1094, c'est parce qu'il l'a enrichie aux dépens de la seconde quotité disponible. Et comme le donataire étranger a intérêt à ce que son don

Digitized by Google

sorte à effet, tout en respectant la réserve, il s'adressera à la femme, et il obtiendra au nom de l'article 1094, au nom de la liberté du disposant, et de sa volonté expresse, que la libéralité dont il a été l'objet reçoive exécution jusqu'à concurrence de la plus haute portion disponible. L'époux, dans les hypothèses qui nous occupent ici, ne peut recevoir toute la quotité disponible ordinaire. Or, si le disposant la lui a donnée, pourquoi ne pourrait-il pas lui retirer l'excédant? pourquoi ne pourrait-il pas le donner à d'autres? N'est-il pas censé n'avoir donné que sauf la réduction que des événements ultérieurs et imprévus rendraient obligatoire?

« On aperçoit donc pourquoi l'article 921 n'est pas applicable à notre sujet; il suppose un dommage causé à la légitime, une diminution de la réserve qui doit toujours rester intacte. Ici, au contraire, la légitime n'est pas ébréchée, et toute plainte d'inofficiosité serait hors de propos. L'article 1094 resterait sans valeur et comme une lettre morte, si le donataire de la seconde quotité disponible ne pouvait reprendre sur l'époux ce qui lui a été donné de trop. C'est à lui que la donation excessive porte préjudice; c'est sur son domaine qu'elle empiète. Il a donc action pour faire respecter l'usage que le donateur a fait, à son égard, de ce que l'article 1094 rendait disponible entre ses mains.

« Vainement dirait-on que, contre tous les principes, il profite de la réduction; car c'est là une éclatante méprise. Profiter de la réduction, dans le sens de l'article 921, c'est profiter de la réserve. Or le second donataire ne profite ici que d'une partie du disponible ordinaire, laissé libre en sa faveur. » (*Donations et testaments*, n° 2586. Voir dans le même sens Bonnet, t. III, n° 1132).

Cette proposition que l'article 921, n'est applicable que dans le cas où il n'y a qu'une seule quotité disponible, est très-digne d'examen.

Si elle est vraie dans l'hypothèse prévue par l'article 1094, elle est également vraie dans l'hypothèse prévue par l'article 1098.

La théorie de M. Troplong me paraît manquer d'unité et de logique.

La restriction de la quotité disponible n'est, dans l'un et

Digitized by Google

l'autre cas, édictée qu'en considération de l'intérêt des enfants; elle doit rester étrangère aux tiers.

Vis-à-vis des donataires postérieurs ou des légataires, ce qui dépasse la quotité disponible spéciale, mais se renferme dans les limites de la quotité disponible ordinaire, n'est qu'un légitime usage de cette quotité qui l'a épuisée d'autant.

Notre conclusion serait donc que le retranchement subi par l'époux, que ce soit en vertu de l'article 1094 ou en vertu de l'article 1098, doit être retenu par les enfants, *comme un supplément de réserve*. S'il en était autrement, le donateur, en prenant le soin de choisir un légataire universel, qui serait résolu à réclamer ou à ne pas réclamer l'imputation de l'excès sur la réserve des descendants, suivant que ceux-ci se plaindraient ou ne se plaindraient pas, leur enlèverait tout intérêt à se prévaloir soit de l'article 1094, soit de l'article 1098. Un arrêt de la Chambre civile de la Cour de cassation du 5 août 1846, a consacré le système que nous soutenons (Dalloz, 1846, I, 372).

§ 2.

Les dispositions des articles 1094 et 1098 ont beaucoup de parenté avec les dispositions de l'article 908.

Le légataire universel peut-il opposer à l'enfant naturel gratifié la restriction de l'article 908?

Le peut-il quand il n'y a pas d'héritiers à réserve?

Le peut-il même quand il y a des héritiers à réserve?

A qui, dans les deux cas, profite le retranchement de ce qui a été donné en trop à l'enfant naturel?

La doctrine a examiné et controversé deux points qui ne se confondent nullement avec celui qui nous préoccupe.

1° Elle discute le point de savoir si, *en l'absence de dispositions à titre gratuit*, la quotité du droit de l'enfant naturel non gratifié est déterminée par la qualité des plus proches successibles, ou si elle est déterminée par la qualité des parents avec lesquels il est appelé à concourir, c'est-à-dire non plus par la qualité des *successibles*, mais par la qualité des *héritiers*.

2° Elle discute le point de savoir quelle est la quotité du droit de l'enfant naturel non gratifié, en présence d'un légataire universel, qui exclut la famille légitime, soit que

Digitized by Google

la famille accepte, soit qu'elle répudie la succession dont elle a été écartée.

Mais elle est presque muette sur le point de savoir à qui appartient l'action en réduction des avantages faits à l'enfant naturel, quand ils excèdent la mesure de l'article 908 et le bénéfice de cette action.

La famille collatérale exclue par le légataire universel n'a-t-elle pas une réserve spéciale contre l'enfant naturel, et si elle accepte la succession, ne doit-elle pas, à l'exclusion du légataire universel, profiter du retranchement à opérer sur la libéralité excessive? En supposant qu'il en fût autrement, le réservataire du droit commun, le descendant légitime, par exemple, ne devrait-il pas, à l'exclusion du légataire, profiter de ce qui, dans la libéralité faite à l'enfant naturel, excède la quotité disponible spéciale de l'article 908?

Je formule des espèces pour bien mettre en lumière la difficulté que présentent ces deux points. Je commence par le dernier pour remonter au premier.

Un homme meurt, laissant une fortune de 28,000 francs indépendamment de 8,000 francs qu'il a donnés entre-vifs à son enfant naturel. Ses héritiers sont un enfant légitime et un légataire universel étranger. La masse est de 36,000 francs; la réserve de l'enfant légitime est de 16,000 francs; elle serait de 18,000 francs s'il n'y avait pas d'enfant naturel; elle ne serait que de 12,000 francs s'il y avait un second enfant légitime au lieu d'un enfant naturel. La présence de l'enfant naturel réduit la réserve de l'enfant légitime de 2,000 francs, tiers de 6,000 francs formant la différence entre 18,000 francs et 12,000 francs. L'enfant naturel aurait eu droit à une réserve de 4,000 francs dont il aurait pris la moitié sur la réserve de 18,000 francs et moitié sur la quotité disponible également de 18,000 francs. Mais le *de cujus* a pu, aux termes de l'article 908, combiné avec l'article 757, assurer à l'enfant naturel plus que sa réserve : il a pu lui donner le tiers de ce qu'il aurait eu, s'il eût été légitime, dans la succession *ab intestat*, c'est-à-dire le tiers de 18,000 francs; le maximum du droit de l'enfant naturel était, dans l'espèce, de 6,000 francs, il a 2,000 francs de trop. Est-ce au légataire universel ou à l'enfant légitime que les 2,000 francs d'excédant doivent appartenir? Lequel des deux aura

Digitized by Google

16,000 francs, tandis que l'autre n'en aura que 14,000? Ne conviendrait-il pas de réunir aux 28,000 francs restants les 2,000 francs retranchés, et d'attribuer à l'enfant légitime 15,000 francs, au légataire universel également 15,000 francs? (Voir nos *Questions pratiques et doctrinales*, seconde série, n° 390.)

Je modifie l'espèce : le de cujus a donné à son enfant naturel 24,000 francs : le surplus de la fortune est de 12,000 francs : les héritiers sont un frère et un légataire universel.

Vis-à-vis du frère, l'enfant naturel ne pouvait recevoir que la moitié de la fortune, soit 18,000 francs; il a donc 6,000 francs de trop. Ces 6,000 francs appartiennent-ils au frère qui n'a pas le droit de réserve à opposer au légataire universel? Peuvent-ils être réclamés par le légataire universel? M. Troplong traite nos deux questions sous l'article 908, n° 634. Dans la première espèce, il attribue les 2,000 francs retranchés au réservataire; dans la seconde espèce il attribue au légataire universel les 6,000 francs retranchés.

« Quand les libéralités, faites à un enfant naturel, excèdent la mesure fixée par l'article 908, elles ne sont pas nulles, elles sont réductibles. Le droit de demander cette réduction appartient aux héritiers en faveur desquels la loi fait une réserve. C'est un point qui ne saurait faire difficulté.

« Mais à défaut d'héritiers à réserve, le même droit appartient-il aux collatéraux ou aux légataires mis par le testateur à la place de ceux-ci?

« En ce qui concerne les collatéraux, la question se tranche par l'article 757, dont toute l'efficacité serait anéantie s'il était permis au père d'excéder les limites tracées par la loi dans une vue de décence publique et de respect pour la famille. Il est clair que l'article 921 ne saurait être invoqué ici : il ne s'applique pas aux droits irréguliers des enfants naturels. Bien que les collatéraux ne soient pas des héritiers à réserve, bien que le testateur puisse les dépouiller par ses libéralités, il ne faut pas en conclure que l'article 921 leur ferme la voie de l'action en réduction. Le testateur qui pourrait les dépouiller de tout au profit d'un étranger ne peut les dépouiller par des libéralités excessives faites à son enfant naturel. L'honnêteté ne le lui permet pas.

Digitized by Google

« Maintenant supposons que le testateur, laissant un enfant naturel et des frères et sœurs, institue pour son légataire universel un étranger, et qu'en même temps il donne à ce fils naturel plus que la moitié, le légataire universel aura-t-il qualité pour demander la réduction? Pourra-t-il opposer l'existence de collatéraux qui cependant ne recueillent rien?

« La négative a été jugée par un arrêt de la Cour de Paris du 16 juin 1838, par la raison que c'est seulement dans l'intérêt des parents que l'enfant naturel a été restreint à une quotité déterminée. Or, les parents se trouvant exclus, leur intérêt est hors de cause: il ne reste plus que l'interêt d'un étranger, c'est-à-dire un intérêt que la loi ne prend pas en considération.

« . . . . . .

. . . . . Il n'est pas nécessaire que la famille collatérale, recueille quelque chose pour limiter le droit de l'enfant naturel, il suffit qu'elle existe. Son existence est une protestation vivante contre des avantages contraires à la morale publique et prohibée par l'article 908. Dailleurs le légataire universel est *subrogé* dans le droit des collatéraux. »

M. Troplong est, sur l'article 908, fidèle à la théorie qu'il a adoptée sur l'article 1094. Mais n'est-il pas infidèle à celle qu'il a défendue sur l'article 1098?

MM. Aubry et Rau adoptent une solution absolument contraire à celle de M. Troplong sous le § 649 (t. V, p. 449, 3e éd.).

« . . . . . Si comme cela a lieu dans le cas prévu par l'article 908, la restriction apportée à la capacité de recevoir n'a été établie que dans le but de protéger les intérêts de la famille légitime, l'action en réduction, et même en cas de déguisement ou d'interposition de personnes, l'action en nullité qui en constitue la sanction, ne peuvent être formées que par ceux aux droits desquels la disposition a porté atteinte. On doit conclure de cette dernière proposition que ces actions n'appartiennent qu'aux héritiers *ab intestat* du disposant et à leurs créanciers ou ayants cause, et qu'elles ne peuvent être exercées ni par les créanciers du disposant, ni même par son légataire universel. »

MM. Aubry et Rau refusent, à la vérité, au légataire universel le droit de demander la réduction. Mais pourquoi? C'est parce que le droit de l'enfant naturel en conflit avec un lé-

Digitized by Google

gataire universel qui écarte les collatéraux est déterminé, non par l'article 757, mais par l'article 758 d'après lequel l'enfant naturel a droit à la totalité des biens, lorsque ses père ou mère ne laissent pas de parents au degré successible.

MM. Aubry et Rau tiennent compte, pour la mesure du droit de l'enfant, non de la qualité de *successibles*, mais de la quallté de ceux avec lesquels il est en concours. Ils expliquent, dans une note, que l'article 908 crée plutôt une *indisponibilité* partielle, dans l'intérêt de la famille légitime, qu'il n'établit une *incapacité* de recevoir, dans le sens strict du mot. Ils n'admettent pas, avec M. Troplong, que l'existence seule de parents légitimes entraîne l'incapacite de l'enfant naturel, et que le légataire universel est *subrogé* par la volonté du testateur aux droits de ces parents. Suivant eux, le renonciation des parents légitimes à la succession fait évanouir toute cause d'incapacité, et ils enseignent que *la portion afférente* à l'enfant naturel se détermine toujours d'après la qualité des héritiers avec lesquels il se trouve réellement en concours. Quant à l'idée de subrogation du légataire universel aux droits des parents légitimes, ils la repoussent, en faisant remarquer qu'il ne s'agit point de droits qui soient à la disposition du testateur : *comment le testateur*, disent-ils, *pourrait-il, par le seul effet de sa volonté, investir un étranger de droits que la loi n'a concédés qu'aux parents légitimes en cette qualité?*

M. Demolombe (t. XIV, n° 83) se rallie à M. Troplong pour reconnaître au légataire universel le droit de se prévaloir contre l'enfant naturel de l'article 908.

Sa solution est-elle bien conciliable avec les principes qu'il a exposés à l'occasion de l'article 757? Il voit dans cet article plutôt une règle de *disponibilité réelle* qu'une règle de *capacité personnelle*.

« Deux caractères distinguent particulièrement les règles relatives à la disponibilité des biens, à savoir : 1° que l'étendue plus ou moins grande de cette disponibilité ne peut être déterminée qu'à l'époque de l'ouverture de la succession (art. 920); 2° qu'elle est subordonnée à la quotité des biens du *de cujus* et à la qualité des héritiers qu'il laisse (art. 922). A la différence de la capacité personnelle qui, en général, s'apprécie à d'autres époques et ne dépend pas de l'importance des biens ni de la qualité des héritiers (art. 901 et suiv.).

Digitized by Google

« Or, précisément pour déterminer ce que l'enfant naturel pourra recevoir de ses père ou mère, il faut attendre l'ouverture de leur succession et vérifier quel est, à cette époque, le *quantum* des biens et la qualité des héritiers.

« Donc, à vrai dire, l'enfant naturel n'est pas personnellement incapable de recevoir de ses père ou mère la totalité même de leurs biens; donc les rectrictions au moyen desquelles l'article 757 limite plus ou moins, suivant les cas, ce qu'il peut recevoir, participent beaucoup plus de la disponibilité réelle que de la capacité personnelle.

« D'où il suit par exemple :

« 1° Que les parents dans l'intérêt desquels surtout ces restrictions ont été portées peuvent renoncer à s'en prévaloir. (Comp. Cass. 15 juin 1838, Anglade; Cass. 16 août 1841, Lafargue; Rennes, 26 juin 1843, mêmes parties; Toulouse, 7 février 1844, Peynavegré; D., *Rec. alph.*, v° *Success.*, n° 329, et v° *Disposit. entre-vifs*, n° 449);

« 2° Que dans tous les cas ils ne peuvent demander que la réduction et non pas la nullité des libéralités excessives (art. 920, 921; comp. aussi Lebrun, lib. I, ch. II, sect. 1, n° 7).

« Objectera-t-on que l'article 908 qui porte que « les « enfants naturels ne pourront, par donation entre-vifs ou « par testament, rien recevoir au delà de ce qui leur est « accordé *au titre des Successions*, » que cet article appartient dans le titre II au chapitre intitulé : *De la capacité de disposer ou de recevoir par donation entre-vifs ou par testament?*

« Il est vrai; mais cet article lui-même ne déclare l'enfant naturel incapable de recevoir que dans la limite qui est tracée au titre *des Successions;* or, précisément, dans le titre *des Successions*, la loi rapproche ou éloigne cette limite eu égard à la qualité des héritiers; et bien loin que l'article 908 contredise sous ce rapport l'article 757, il existe, au contraire, entre ces deux dispositions, une corrélation évidente et une parfaite harmonie.

« Ce n'est qu'en tant que l'article 757 déclare que l'enfant naturel ne pourrait pas succéder *ab intestat*, que l'article 908 déclare qu'il ne peut pas recevoir par donation ou par testament; et de là cette double conséquence que nous établirons encore plus tard :

« 1° Qu'il peut recevoir par donation entre-vifs ou par

Digitized by Google

testament de ceux auxquels il peut succéder, c'est-à-dire de ses père ou mère, dans la limite de ses droits successifs;

« 2° Que par suite il peut, sans aucune limite, recevoir entre-vifs ou par testament de tous ceux auxquels il n'est pas appelé à succéder, comme par exemple du père, ou du frère, ou de l'oncle de sa mère ou de son père; car la restriction de l'article 908, qui se réfère *au titre des Successions* est alors inapplicable, puisque le *titre des Successions* n'établit aucun rapport entre l'enfant naturel et le père, ou le frère, ou l'oncle de ses père ou mère.

« C'est qu'en effet le législateur, qui voulait garantir la famille contre les entraînements des passions personnelles des disposants, ne s'est préoccupé que des dispositions que les père ou mère eux-mêmes pourraient faire envers leur propre enfant, c'est-à-dire de la seule hypothèse où ces entraînements fussent sérieusement à craindre; et le moyen qu'il a employé c'est, ainsi que nous venons de le dire, l'établissement d'une sorte de réserve dans l'intérêt des parents légitimes (Comp. Rouen, 10 mars 1851; Ducatel, Dev., 1851, II, 211; Demante, *Thémis*, t. VII, p. 149-150; Toullier, t. V, n° 71; Troplong, *Des donat. et des test.*, t. II, n° 632; Loiseau, p. 700; Cadrès, n° 236; t. XIV, n° 83). »

Il est vrai que M. Demolombe enseigne également (t. XXIII, n° 552) que les articles 1094 et 1098 constituent des règles, non de *capacité personnelle*, mais de *disponibilité réelle*, ce qui ne l'a pas empêché d'admettre que le donataire postérieur à l'époux peut profiter de l'excédant du disponible ordinaire sur le disponible spécial, et de l'action en réduction qui aboutit au retranchement de cet excédant.

Il est vrai encore que dans son tome XVIII, n° 689, M. Demolombe atténue singulièrement, s'il ne les abandonne, les principes par lui primitivement adoptés sur l'article 908.

1° « Aux termes de l'article 1003, le legs universel comprend l'universalité des biens que le testateur laisse à son décès, lorsqu'il n'a pas d'héritier à réserve.

« Or le testateur, dans notre hypothèse, n'a pas d'héritier à réserve;

« Donc le légataire universel a droit à l'universalité des biens sans exception.

Digitized by Google

2° « Mais, répond-on, le frère, vis-à-vis de l'enfant naturel a une réserve !

« Non pas précisément ! ce n'est pas là *une réserve véritable à laquelle il faille appliquer de tous points les principes de la réserve.* La réserve proprement dite est établie dans l'intérêt direct des réservataires eux-mêmes; *or ce n'est pas ici l'intérêt direct du frère lui-même qui a fait limiter la part de l'enfant naturel, c'est la défaveur personnelle de cet enfant.* Il est vrai que son incapacité est fondée sur des considérations relatives à l'honneur du mariage et aux liens de la parenté légitime; mais finalement, *c'est une incapacité* que la loi prononce !

« Le frère, donc, n'a pas de réserve; et lorsqu'il se trouve en présence d'un légataire universel, il ne peut prétendre à aucune portion de la succession !

« 3° Que résulte-t-il de ces principes? que le légataire universel, en effet, avec la généralité compréhensive de son titre, a seul le droit d'exercer les actions en nullité et en *réduction* des dispositions particulières, parce que ces actions elles-mêmes font partie de l'universalité qui lui a été léguée. »

Ainsi, lorsque M. Demolombe aborde notre problème, il reconnaît finalement que, si l'article 757 établit une réserve au profit des collatéraux, il est difficile de leur enlever le profit d'une action en réduction qui n'est ouverte qu'en leur faveur.

Je serais porté à penser que les motifs sur lesquels l'auteur fonde les restrictions apportées au droit de disposition, au bénéfice de l'enfant naturel, ne sont pas les motifs véritables. Ces restrictions sont dues, suivant nous, à la crainte des entraînements d'une affection d'autant plus vive en général, que les convenances sociales, comme les lois morales, en compriment l'expression.

Les articles 1094 et 1098, quand ils restreignent la quotité disponible ordinaire et traitent l'époux plus sévèrement qu'un étranger, sont inspirés par l'appréhension que la tendresse conjugale ne trouve pas un suffisant contre-poids dans la tendresse paternelle ou maternelle. La loi ici encore redoute les entraînements d'une affection légitime sans doute, mais dont les effets peuvent être exagérés.

Sur l'article 757, M. Demolombe avait accordé au légataire

Digitized by Google

universel le droit de subrogation à l'héritier du sang évincé, mais c'était pour mesurer le droit héréditaire de l'enfant naturel qui n'avait pas été gratifié, et même dans ce cas, le jurisconsulte hésitait-il à admettre cette subrogation lorsque le successible déclarait renoncer à la succession.

Mais autre chose est la détermination du droit de l'enfant naturel, d'après la présomption de volonté du défunt, autre chose la restriction de ce droit contre la volonté expresse du donateur ou du testateur.

Sans doute l'article 908 se réfère à l'article 757; mais la loi ne dit pas qui a qualité pour se prévaloir de l'article 908.

Lorsqu'il s'agit de savoir ce que le défunt a pu vouloir laisser à son enfant naturel, la qualité de ceux avec lesquels cet enfant concourt est moins à prendre en considération que la qualité de ceux qui sont exclus ou qui s'excluent eux-mêmes par leur renonciation. Le *de cujus* n'a pas dû prévoir les événements accidentels qui suivraient son décès.

J'adopterais la même idée quand il s'agit de savoir quel est le droit de l'enfant naturel, à l'encontre de la volonté qui l'exclut, c'est-à-dire quand il faut déterminer, non l'intention du défunt, mais son obligation, sa dette envers le réservataire. La qualité des *successibles* est plus importante que la qualité des *héritiers* et surtout que leur nombre.

Lorsqu'il y a une volonté exprimée en faveur de l'enfant naturel, pour paralyser cette volonté, il convient d'examiner dans l'intérêt de qui une violence à faire à la loi contractuelle ou à la loi testamentaire a été autorisée.

Si cette violence n'a été autorisée que dans l'intérêt de la famille, elle ne peut profiter qu'à la famille.

Donc le légataire universel ne saurait faire imputer, sur leur réserve, aux réservataires de l'article 913 ce qui excède la quotité disponible de l'article 908. Donc, à plus forte raison, il ne peut, de son chef, réclamer contre l'enfant naturel le retranchement pour en grossir son legs.

Donc, les parents collatéraux, qui n'ont pas de droit à la réserve de l'article 913, peuvent réclamer ce qui excède la quotité disponible de l'article 908, sous la condition, bien entendu, d'accepter la succession, et le légataire universel n'a aucun titre pour leur disputer cet excédant.

Digitized by Google

Si les collatéraux renoncent, l'enfant naturel est à l'abri de la réduction.

Un arrêt de la Cour de Paris, du 16 juin 1838, cité par M. Troplong, a consacré notre opinion. Mais la Cour de la Guadeloupe a, le 28 août 1860 jugé en sens contraire.

Nous détachons de son arrêt les considérants qui ont de la portée au point de vue scientifique.

« Considérant que l'article 908 du Code Napoléon dispose en termes exprès, que les enfants naturels ne pourront, par donations entre-vifs ou par testament, rien recevoir au delà de ce qui leur est attribué au titre des Successions; — Que cet article, inséré au chapitre intitulé: «De la capacité de disposer et de recevoir,» constitue donc une incapacité légale, laquelle peut être opposée par tout ayant droit à la succession, de même qu'il pourrait opposer les autres incapacités établies par le même chapitre; — Qu'on ne peut donc invoquer ici l'article 921 qui refuse aux légataires le droit de demander la réduction des libéralités; — Qu'au surplus le légataire universel se trouve, dans ce cas, substitué aux frères et sœurs du défunt, lesquels sont, à l'égard des enfants naturels, de véritables héritiers à réserve. »

La conclusion de cet arrêt est en profond désaccord avec les prémisses.

On lit en effet dans un de ses motifs : « Considérant que, par rapport à l'enfant naturel, les frères et sœurs du défunt, et même les collatéraux à un degré plus éloigné, sont de véritables héritiers à réserve. »

Comment la réserve, une réserve, si l'on veut *sui generis*, mais dans tous les cas une quotité indisponible, peut-elle se fondre dans la quotité disponible?

La chambre civile de la Cour de cassation, en cassant, le 7 février 1865, l'arrêt de la Cour de la Guadeloupe, parce qu'il avait réduit l'enfant naturel au quart de la succession, tandis que cet enfant avait droit à la moitié, a proclamé que la disposition de l'article 908 peut être invoquée par le légataire universel, « *dont les droits sont déterminés d'après l'état de la famille* tel qu'il existe au moment de l'ouverture *de la succession.* » (Car. et Gilb., 65, I, 105. Voir la note de M. le conseiller Moreau.)

L'arrêt de la Cour de la Guadeloupe et l'arrêt de la Cour

Digitized by Google

de cassation sont conformes sur cette question spéciale à l'opinion de M. Troplong et de M. Demolombe; ils sont contraires à l'opinion de MM. Aubry et Rau, qui arrivent à la même conclusion que nous, mais par des motifs dont quelques-uns au moins ne sont pas les nôtres.

La Cour de cassation a-t-elle une théorie bien cohérente et bien ferme sur des difficultés qui se touchent sans se confondre? Elle a jugé le 6 janvier 1863, en cassant un arrêt de la Cour de Caen, que la nullité de la substitution dont un légataire universel était grevé pour un objet déterminé envers un légataire à titre particulier, devait profiter, non à la succession testamentaire, mais aux héritiers du sang que le legs avait exclus.

Je n'ai pas acquiescé et je n'acquiesce pas encore à cette solution (*Questions doctrinales*, 1re série du n° 478 au n° 483).

Mais si l'intérêt d'un légataire universel, parce que ce légataire est l'homme du choix du défunt, n'a pas paru offrir une sanction assez efficace de l'article 896, comment peut-on, lorsqu'il s'agit de sanctionner l'article 908, désarmer la famille légitime, au profit d'un étranger qui, bien qu'il soit un légataire sérieux, sera lié par des devoirs de reconnaissance ?

L'article 896 est, lui au moins, tout à fait étranger aux règles de disponibilité et aux questions de réserve, tandis que l'article 908, comme les articles 1094 et 1098, appartient, de l'aveu de nos principaux contradicteurs, bien plus au régime du disponible et de l'indisponible qu'au régime de la capacité et de l'incapacité.

§ 3.

Nous voulons signaler encore une solution qui, sur cette matière, ne paraît pas en parfaite harmonie avec les doctrines au sein desquelles elle est placée.

M. Demolombe, qui admet les légataires à se prévaloir pour réduire l'enfant naturel, en vertu de l'article 908, d'une subrogation aux droits des collatéraux qu'ils excluent, semble au contraire refuser à l'enfant naturel le droit d'invoquer cette subrogation contre les collatéraux frappés d'exclusion et n'autorise pas cet enfant à leur dire : « Vous avez reçu votre part, par l'entremise des légataires qui vous dépouillent;

Digitized by Google

donc vous ne pouvez pas concourir avec moi sur ce qui reste, puisqu'il m'en a été fait legs. »

Ainsi, un homme meurt, laissant une fortune de 200,000 fr., deux légataires, un légataire étranger de 100,000 francs et un enfant naturel légataire aussi de 100,000 francs. L'héritier du sang est un frère.

D'après la théorie de M. Demolombe, le frère aura 50,000 francs et l'enfant naturel 50,000 francs. (Voir t. XVIII, n^os^ 554 *bis* et 554 *ter*.)

Voici l'argument :

L'enfant naturel ne peut recevoir de ses père et mère, par donation ou testament, que ce qui lui est accordé par la loi dans la succession *ab intestat*.

Or, dans l'espèce, si le testateur était mort sans avoir testé au profit de l'enfant, les 100,000 francs qui fûssent restés eussent été partagés entre le frère légitime et l'enfant naturel.

Donc, la vocation testamentaire ne doit pas avoir plus d'efficacité que la vocation légale. Le testament n'aura d'effet que pour 50,000 francs.

Cet argument est emprunté à une théorie que M. Dutruc a exposée dans une note sur un arrêt de la Chambre civile de la Cour de cassation, du 15 novembre 1859 (Car. et Gilb., 59, I, 881). Il avait été combattu par M. Gilbert; M. Demolombe l'a adopté.

Nous ne croyons pas qu'il puisse résister à un examen approfondi.

Pour en démontrer le vice, supposons que le *de cujus* qui ne laisse que 200,000 francs eût légué à l'étranger 100,000 francs et à l'enfant naturel 150,000 francs.

Les deux legs eussent-ils été réduits proportionnellement, conformément à l'article 926 du Code Napoléon?

Non; dans le système de M. Demolombe et de M. Dutruc, la réduction n'eût porté que sur le legs de l'enfant naturel auquel on aurait fait subir un retranchement de 50,000 francs en faveur du légataire étranger. A quel titre? Parce que le légataire aurait soutenu qu'il était substitué au frère légitime, et qu'il exerçait son droit de réduction.

Cette première réduction de 50,000 francs opérée, le frère aurait-il pu en demander une seconde de pareille somme, de

Digitized by Google

manière à n'attribuer à l'enfant naturel que 50,000 francs?

L'affirmative est la conséquence des idées que nous essayons de réfuter.

Cette conséquence, nous ne saurions l'accepter.

Si l'article 908 établit une quotité disponible spéciale vis-à-vis de l'enfant naturel, cette quotité doit être calculée conformément à l'article 922, en formant une masse de ce qui est dans l'hérédité et en y réunissant fictivement les valeurs détachées à titre gratuit du patrimoine du *de cujus*. C'est à cette masse que doit être comparée l'étendue de la libéralité faite à l'enfant naturel.

Ne tombons-nous pas nous-même dans la contradiction que nous reprochons à la théorie, objet de notre examen?

Nous autorisons l'enfant naturel à se prévaloir de l'article 922, et nous refusons au légataire ou donataire postérieur le droit d invoquer l'article 921.

Or précisément notre objection contre la théorie que nous rejetons, c'est qu'elle accorde au donataire postérieur et au légataire la protection de l'article 921, en déniant à l'enfant naturel le secours de l'article 922.

Les deux théories en présence ne scindent-elles pas également ce qui est indivisible, et ne comportent-elles pas l'une et l'autre la même critique?

Voici ma réponse: Le donataire ou le légataire étranger ne peut se prévaloir de l'article 908 édicté dans un intérêt qui n'est pas le sien, dans l'intérêt de la famille légitime.

L'article 908 a été écrit contre l'enfant naturel.

Or l'application de l'article 908 entraîne l'application et de l'article 921, et de l'article 922.

Oui; mais entre qui l'article 908 est-il applicable? Entre l'enfant naturel et la famille légitime. Donc il n'y a que la famille légitime qui puisse se prévaloir de l'article 921 contre l'enfant naturel. Donc l'enfant naturel ne peut se prévaloir de l'article 922 que contre la famille légitime; mais il peut s'en prévaloir contre la famille légitime.

Entre l'enfant naturel et le donataire ou le légataire étranger, l'article 913 est seul applicable; et l'application de cet article suffit pour entraîner l'application de l'article 922 et aussi de l'article 926.

Je reprends notre espèce. Le défunt n'a laissé que

Digitized by Google

200,000 francs de fortune et il a distribué en legs 250,000 fr., 150,000 francs à l'enfant naturelet 100,000 francs à l'étranger.

Les deux legs seront proportionnellement réduits.

L'enfant naturel aura les trois cinquièmes de 200,000 francs soit 120,000 francs, et l'étranger les deux cinquièmes, soit 80,000 francs.

Mais vis-à-vis du frère l'enfant naturel ne peut avoir que la moitié de la masse composée conformément à l'article 922; il ne pourra garder que 100,000 francs; les 20,000 francs d'excédant appartiendront au frère du défunt qui les obtiendra en vertu de l'article 921.

Si le défuut n'avait disposé que des 200,000 francs compris dans sa succession, l'étranger et l'enfant naturel, légataires chacun de 100,000 francs, auraient conservé l'un et l'autre l'intégralité de leur legs.

Supposons, et c'est une des hypothèses prévues par M. Demolombe, que le *de cujus* eût donné par acte entre-vifs 100,000 francs à un étranger, puis qu'il fût mort laissant 100,000 francs dont il aurait fait legs à son enfant naturel.

Le parent le plus proche du *de cujus* est un frère.

Ce frère ne pourra pas demander la moitié des 100,000 fr.

Entre lui et l'enfant naturel, l'article 922 est applicable,

Si le défunt n'avait laissé que 80,000 francs, l'enfant naturel ne pourrait faire réduire la donation; il ne pourrait demander la réduction qu'autant qu'il n'aurait pas la réserve de l'article 913, à savoir, dans le système généralement enseigné, le quart de la masse ou la moitié de la réserve qu'il aurait eue s'il eût été enfant légitime, et dans le système que nous enseignons, le tiers de la réserve qu'il aurait eue s'il eût eu le bénéfice de la légitimité. (Voir *Questions pratiques et doctrinales*, 2e série, n° 360-406.)

L'erreur que nous croyons trouver dans la solution, par nous discutée, provient en grande partie d'un défaut de méthode dans la rédaction législative.

Ce n'est pas l'étendue du droit de successibilité *ab intestat*, d'après l'article 757, qui eût dû servir de mesure à la quotité disponible de l'article 708, c'est au contraire cette dernière quotité qui eût dû servir de mesure au droit de successibilité légale. Le père ou la mère n'eût dû être présumé avoir laissé à l'enfant naturel, par une disposition tacite, que ce qu'il pouvait lui attribuer par une disposition expresse.

Digitized by Google

Les trois questions que nous avons mises en regard ont des liens de parenté; toutefois elles présentent des différences qu'il convient de noter.

La quotité disponible spéciale de l'article 1094 se prend toujours sur la quotité disponible ordinaire à laquelle elle est souvent inférieure et qu'elle n'excède jamais.

La quotité disponible spéciale de l'article 1099 se prend aussi sur la quotité disponible ordinaire, quand elle ne l'excède pas. Lorsqu'elle excède la quotité disponible ordinaire, elle entame la réserve.

La quotité disponible de l'article 908 se prend, elle, tantôt sur la réserve et sur la quotité disponible, tantôt sur la réserve seulement.

On pourrait se demander si le système que le Code civil italien a consacré dans son article 818 ne serait point préférable au système du Code français :

« La portion due à l'époux et aux enfants naturels ne « vient pas en diminution de la légitime appartenant aux « enfants légitimes ou aux ascendants; elle forme une réduc- « tion de la part disponible. »

L'établissement d'une seule quotité disponible aux dépens de laquelle l'époux aurait à faire la part d'une affection légitime, le père naturel à acquitter sa dette, préviendrait bien des complications.

Dirait-on que l'épuisement antérieur de la quotité disponible au profit d'étrangers ou même d'enfants entraînerait l'impuissance, pour l'époux, de donner un témoignage d'attachement et de reconnaissance, pour le père naturel, d'atténuer sa faute, en remplissant les obligations qu'elle engendre? Mais, dans le système de nos lois françaises, l'inconvénient objecté se produit, au moins pour l'époux, quand la quotité disponible spéciale est inférieure à la quotité disponible ordinaire.

Au reste, le Code italien ne laisse pas prise à l'objection.

L'époux survivant et l'enfant naturel ont une réserve qui se prend, non sur la réserve ordinaire, mais sur la quotité disponible ordinaire. Donc, les dispositions faites aux dépens de la quotité disponible ordinaire tombent devant les droits de l'époux survivant et de l'enfant naturel.

A. BERTAULD.

Digitized by Google

LE SECRET MÉDICAL

AU POINT DE VUE DE LA RÉVÉLATION DES CRIMES ET DES DÉLITS.

Par H. HÉMAR, docteur en droit, avocat général près la Cour de Paris.

(*Suite et fin*[1].)

II. — DE LA RÉVÉLATION OBLIGATOIRE.

La révélation d'un secret peut être exigée *au nom de l'intérêt général* ou de l'*intérêt privé*. Nous suivrons cette division.

1° *De la révélation exigée par l'intérêt général*.

Les dispositions législatives qui semblent impliquer la révélation du secret médical sont les suivantes :

A. *L'article* 378 *du Code pénal.*
B. *L'édit de décembre* 1666.
C. *L'article* 30 *du Code d'instruction criminelle.*
D. *L'article* 80 *du Code d'instruction criminelle.*
E. *Les articles* 55 *et* 56 *du Code civil.*
F. *Les articles* 471 *et* 475 *du Code pénal.*

A. *De la révélation prescrite par l'article* 378 *du Code pénal.* — L'article 378 du Code pénal ne punit la révélation de secret faite par les membres du corps médical que « *hors les « cas où la loi oblige à se porter dénonciateur.* »

Ces expressions se rapportent aux articles 103, 104, 105, 106, 107 du Code pénal, aujourd'hui abrogés.

L'article 103 imposait à toute personne ayant eu connaissance de complots formés contre la sûreté de l'État, l'obligation de les révéler dans les vingt-quatre heures. La non-révélation était punie, dans l'article 104, de la peine de la reclusion s'il s'agissait du crime de lèse-majesté, et par l'article 105 d'un emprisonnement de deux à cinq ans et d'une amende de 500 francs à 200 francs, s'il s'agissait d'autres complots. Les articles 106 et 107 complétaient cet ensemble de pénalités par des dispositions additionnelles.

[1] V. *Revue*, t. XXXV, p. 361.

Digitized by Google

Sous l'empire de cette législation, la révélation du secret professionnel relatif aux complots et au crime de lèse-majesté était évidemment obligatoire. La loi du 28 avril 1832, article 103, en a prononcé l'abrogation. « Punir la non-révé-« lation, dit M. Dumon, rapporteur du projet de loi à la « Chambre des députés, c'est donner à un devoir de « patriotisme les apparences d'une obligation de police. » Devant la Chambre des pairs, le comte de Bastard envisagea la question à un point de vue plus élevé. « Le projet de loi, « dit-il, affranchit de toute peine la non-révélation. Votre « commission, appelée à s'expliquer sur cette disposition « nouvelle, n'hésite pas à dire qu'elle regarde la révélation « d'un crime d'État comme un des devoirs les plus rigoureux « que la morale publique impose aux citoyens; mais elle ne « s'est pas dissimulé que c'était là un de ces devoirs que le « législateur était impuissant à prescrire, et dont il ne pou-« vait punir le non-accomplissement. En effet, messieurs, « la loi ne pouvait préciser le moment où ce devoir se ré-« vèle d'une manière tellement évidente à la conscience « d'un homme de bien, qu'il soit coupable de ne pas l'ac-« complir; et ne faut-il pas convenir aussi que, s'il y a crime « envers la société à ne pas faire connaître un complot « contre la vie du prince ou la constitution du pays, on ne « saurait cependant incriminer cette répugnance légitime à « se faire délateur de pensées coupables, de paroles crimi-« nelles sans doute, mais dont on n'aperçoit que d'une ma-« nière incertaine et vague la tendance et le but? Dans « l'impossibilité de fixer la limite entre ce que l'intérêt « public commande et ce qu'une certaine délicatesse ré-« prouve, votre commission, d'accord avec le gouvernement, « a cru que le législateur devait abandonner à la conscience « éclairée des citoyens l'accomplissement de ce devoir. »

La restriction de l'article 378 du Code pénal s'appliquait encore aux articles 136, 137 du même Code relatifs à la non-révélation du crime de fausse monnaie. Ces deux articles ont été également abrogés par la loi du 28 avril 1832, article 103 [1].

[1] Chauveau et Hélie, *Théorie du Code pénal*, V, n° 1692, p. 11; Dalloz, *Répertoire*, v° *Révélation*; Trébuchet, *op. cit.*, p. 276; Briand et Chaudé, *Manuel de médecine légale*: Du secret en médecine.

Digitized by Google

B. *De la révélation prescrite par l'édit de décembre* 1666.

L'édit du roi Louis XIV, rendu à Saint-Germain-en-Laye, au mois de décembre 1666, se rattache à la réforme de la police entreprise par Colbert. Il appartient à l'une des époques les plus glorieuses de notre histoire nationale.

Les troubles du règne de Louis XIII, la politique victorieuse du cardinal de Richelieu, les agitations de la Fronde terminées par le triomphe absolu de l'autorité royale, avaient concentré entre les mains du gouvernement toutes les forces actives du pays. Cet immense concours de généraux, de grands seigneurs et de princes du sang autour de la royauté, les suites nombreuses de soldats licenciés ou de laquais qui les accompagnaient, la turbulence des habitudes féodales et militaires, l'usage universel du port d'armes, avaient altéré, dans une mesure inquiétante, les conditions de la sécurité publique à Paris. Les mémoires du temps ne fournissent que trop de preuves de ce désordre local. Boileau n'a rien exagéré dans sa satire sur les embarras de Paris [1].

« Le bois le plus funeste et le moins fréquenté
« Est, au prix de Paris, un lieu de sûreté.
« Malheur donc à celui qu'une affaire imprévue
« Engage un peu trop tard au détour d'une rue. »

« Pendant le jour même, dit M. Henri Martin [2], des rixes « et des meurtres avaient lieu jusque dans les galeries du « palais; la mauvaise organisation de la police, de la garde « et du guet, trop peu nombreux, trop mal payés, rendait la « répression presque nulle. Tout cela changea. Les défenses « aux pages et aux laquais de porter des armes furent renou- « velées sous des peines terribles, qui, cette fois, ne furent « plus une vaine menace. Les soldats et les agents de police « furent réorganisés sur un nouveau pied. De sages règlements « furent promulgués pour l'éclairage, le nettoiement et la « sûreté de Paris, qui sortit enfin de ses ténèbres et de sa « boue séculaires. »

L'édit de 1666, « *qui confirme le règlement sur le nettoiement « des boues, la sûreté de Paris et autres villes,* » rappelle, dans

[1] Boileau, *Satire* 6.
[2] *Histoire de France*, t. XIII, p. 85.

Digitized by Google

son préambule, les nécessités impérieuses qui déterminent l'initiative royale. « Louis, etc. Et comme le défaut de sûreté « publique qui expose les habitants de notre bonne ville de « Paris à une infinité d'accidents... et afin qu'il ne manquât « aucune chose de notre part à la sûreté de la capitale de « notre royaume, où nous faisons notre séjour plus ordinaire « comme les rois nos prédécesseurs... et d'autant qu'à cet « effet il importe de régler le port d'armes et de prévenir la « continuation des meurtres, assassinats et violences qui se « commettent journellement par la licence que des personnes « de toute qualité se donnent de porter, de celles mêmes qui « sont le plus étroitement défendues, et de donner aux offi- « ciers de police un pouvoir plus absolu sur les vagabonds et « gens sans aveu que celui qui est porté par les anciennes « ordonnances... A ces causes... Et à l'égard des maîtres chi- « rurgiens, ils seront tenus de tenir boutiques ouvertes, à « peine de 200 livres d'amende pour la première fois; et, en « cas de récidive, de l'interdiction de la maîtrise pendant un « an; et pour la troisième, de la privation de leur maîtrise. « Seront tenus, lesdits chirurgiens, de déclarer au commis- « saire du quartier les blessez qu'ils auront pansez chez eux « ou ailleurs, pour en être fait par ledit commissaire son « rapport à la police; de quoi faire lesdits chirurgiens seront « tenus sous les mêmes peines que dessus : ce qui sera pareil- « lement observé à l'égard des hôpitaux, dont l'infirmier ou « administrateur qui a les soins des malades fera déclaration « au commissaire du quartier [1]. »

[1] Isambert, *Anciennes lois françaises*, t. XVIII, n° 495, p. 93; Delamare, *Traité de la police*, I, p. 143, 144. On ne lira peut-être pas sans intérêt les détails donnés par Delamare sur l'édit de 1666 : « Aussitôt après que le « calme fut rétabli dans l'État, et avec nos voisins, par la paix des Pyré- « nées, le roy, dont la profonde sagesse a toujours égalé la suprême auto- « rité, porta d'abord ses vues à rendre ses sujets les plus heureux peuples « de la terre. L'abolition des duels et des blasphèmes; la sûreté publique « rétablie; les sciences, le commerce et les arts protégés; les abus qui s'é- « taient introduits dans les finances réformez, en furent les premiers fruits. « La police de Paris, sur toutes choses, lui parut un sujet digne de ses « royales applications. Il établit un conseil exprès pour entrer dans le dé- « tail de toutes ses parties. Ce conseil fut composé de M. le chancellier, de « M. le maréchal de Villeroy, et de MM. Colbert, Daligre, de Lezeau, de « Machault, de Sève, Menardeau, de Morangis, Poncet, Boucherat, de la « Marguerie, Pussort, Voisin, Hotman et Marin. Les séances commencèrent

Digitized by Google

Des ordonnances de police, rendues postérieurement, rappelèrent et aggravèrent les dispositions de l'édit. Une ordonnance de police du 5 novembre 1716 porta l'amende à 300 livres [1]. La même pénalité se retrouve dans les ordonnances du 4 novembre 1778, article 12 [2], et 8 novembre 1780, article 12 [3]. Le dernier monument sur cette matière est l'ordonnance de police du 4 novembre 1778, concernant la sûreté publique [4]. Elle est ainsi conçue : « Enjoignons aux maîtres « en chirurgie et à tous autres exerçant la chirurgie à Paris, « d'écrire les noms, surnoms, qualités et demeures des per- « sonnes qui seront blessées, soit de nuit, soit de jour, et qui « auront été conduites chez eux pour y être pansées, ou qu'ils « auront été panser ailleurs, et d'en informer incontinent le « commissaire du quartier, ainsi que de la qualité et des cir- « constances de leurs blessures, sous la peine de 300 livres « d'amende, d'interdiction et même de punition corporelle; « le tout conformément aux règlements. »

Cette législation inspira la pratique administrative des régimes issus de la Révolution. Sous l'empire du droit intermédiaire, trois ordonnances successives des 17 ventôse an IX [5], 16 mars 1805 [6] et 25 août 1806, article 6, 7 [7] remirent en vigueur les prescriptions et les pénalités de l'édit de 1666. Après la promulgation du Code pénal, les principes posés par l'article 378 ne furent pas interprétés par les pouvoirs publics, comme impliquant l'abrogation des anciens règlements. Ils sont, en effet, visés dans les ordonnances du 25 mars 1816 [8] et du 2 décembre 1822, article 6, 7 [9], qui paraissent n'avoir suscité aucune résistance.

« le jeudy 28 octobre 1666 et continuèrent toutes les semaines, quelquefois « plusieurs jours, jusqu'au 10 février 1667. Ce fut dans ce conseil, et en- « suite de ses délibérations, que le roy forma tous ses grands desseins pour « la police de Paris, que nous avons vus depuis si heureusement exécutez »

[1] Denisart (ancien), *Répertoire de jurisprudence*, v° *Blessé*.

[2] *Anciennes lois françaises*, t. XXV, n° 971, p. 445.

[3] *Anciennes lois françaises*, t. XXVI, n° 1410, p. 391.

[4] *Anciennes lois françaises*, t. XXVIII, n° 2525, p. 623.

[5] *Collection officielle des ordonnances de police*, I, n° 52, p. 78; Trébuchet, *Jurisprudence de la médecine*, p. 541.

[6] *Collections des ordonnances de police*, I, n° 278, p. 275.

[7] *Ibid.*, I, n° 354, p. 323.

[8] *Collection des ordonnances de police*, II, n° 800, p. 31.

[9] *Ibid.*, II, n° 1662, p. 246.

Digitized by Google

Il n'en fut pas de même de l'ordonnance du 9 juin 1832, rendue par M. le préfet de police Gisquet, après les sanglantes journée des 5 et 6 juin[1]. Elle souleva au sein du corps médical des protestations, dont le souvenir n'est pas encore effacé. Le refus des médecins de s'y confirmer ne resta pas sans résultat. L'édit de 1666 et l'ordonnance de 1788 étaient, en général, rappelés dans les arrêtés relatifs aux soins à donner aux noyés et aux blessés. L'ordonnance du 1er janvier 1836, sur cette matière, ne contient plus les dispositions si vivement contestées de l'acte de 1832[2]. Leur abandon semble aujourd'hui définitivement accepté par l'autorité administrative.

Quels sont les effets de cette législation, et quelle force obligatoire faut-il lui reconnaître?

L'édit de 1666 a pour effet incontestable de placer les médecins de Paris dans une situation exceptionnelle. Il n'impose pas précisément l'obligation de dénoncer aux autorités de police les crimes ou les délits découverts dans l'exercice de la profession médicale. Mais il est évident que les déclarations exigées des chirurgiens de Paris équivalent à cette dénonciation.

Il faut aussi remarquer que l'édit n'est applicable qu'à Paris. Il ne peut être invoqué ailleurs et il laisse le corps médical du reste de la France sous l'empire du droit commun.

La plupart des auteurs considèrent ces anciens monuments législatifs comme abrogés. MM. Chauveau et Hélie se prononcent très-nettement en ce sens[3]. Ils pensent que l'édit « se « trouve aujourd'hui virtuellement abrogé par l'article 378 du « Code pénal; car ce ne serait pas seulement une exception à « cet article qu'il faudrait en déduire, il s'agirait de tous les « cas à peu près où les médecins sont appelés à connaître, « dans l'exercice de leur art, des faits qui peuvent se ratta- « cher à des délits; il s'agirait de leur ravir l'indépendance « de leur noble profession, d'effacer leur obligation la plus

[1] *Collection des ordonnances de police*, III, n° 1447, p. 16.

[2] *Ibid.*, III, n° 1557, p. 131.

[3] *Théorie du Code pénal*, t. V, p. 12, n°s 1692, 1693; Dalloz, *Répertoire*, v° *Médecine*, n°s 82, 83; Réquisitoire de M. Quenault, affaire Saint-Pair; Dalloz, *Répertoire*, P. 45. 1, 340.

Digitized by Google

« sacrée, pour les transformer en dénonciateurs d'office des « malades auxquels ils donnent leur soins. »

Au point de vue purement juridique, cette argumentation n'est pas décisive. Mais la discussion rentre dans un ordre d'idées plus théoriques que pratiques. Aussi nous paraît-il superflu d'insister. L'édit de 1666 appartient à d'autres temps. Aujourd'hui, il ne répond plus à une nécessité sociale. Il froisse la dignité professionnelle du médecin et compromet en même temps le pouvoir, sans le servir. Aussi est-il frappé d'inefficacité, déchéance plus sûre que l'abrogation juridique. Nul gouvernement ne sera désormais tenté d'invoquer ces vieux monuments législatifs dont le rappel soulève des tempêtes et qui, dans le domaine de l'application aboutissent au néant. « *Telum imbelle sine ictu.*

C. *De la révélation prescrite par l'art.* 30 *du Code d'instruction criminelle.*

L'article 30 du Code d'instruction criminelle dispose : « Toute personne qui aura été témoin d'un attentat soit « contre la sûreté publique, soit contre la vie ou la propriété « d'un individu, sera pareillement tenue d'en donner avis au « procureur du roi, soit du lieu du crime ou du délit, soit du « lieu où le prévenu pourra être trouvé. »

Cet article n'est que la reproduction du principe posé par la loi du 16-29 septembre 1791, au titre 6 « *De la dénonciation civique.* » L'article 1er portait: « Tout homme qui aura été té- « moin d'un attentat, soit contre la liberté ou la vie d'un autre « homme, soit contre la sûreté publique ou individuelle « sera tenu d'en donner aussitôt avis à l'officier de police du « lieu du délit. » La même injonction se retrouve dans l'article 87 de la loi du 3 brumaire an IV.

L'Assemblée constituante, dans le *décret en forme d'instruction pour la procédure criminelle* du 29 septembre 21 octobre 1791, nous donne le commentaire le plus élevé de ces dispotions : « La liberté ne pouvant subsister que par l'observation « des lois qui protégent tous les membres de la société contre « les entreprises d'un homme puissant ou audacieux, rien ne « caractérise mieux un peuple libre que cette haine vigoureuse « du crime, qui fait de chaque citoyen un adversaire direct « de tout infracteur des lois sociales. Ce devoir est encore « bien plus sacré lorsque le délit a privé la société de la vie

Digitized by Google

« d'un citoyen. Il n'y a que des hommes lâches et indignes de « la liberté qui puissent connaître un aussi grand crime et ne « pas le dénoncer, lors même que le meurtrier serait inconnu, « lorsque la cause immédiate de la mort ne serait pas claire- « ment manifestée.... Rien n'est plus éloigné des formes « obscures et perfides de la délation que la dénonciation « civique. »

Dans le cercle des idées qui nous occupent, nous n'avons pas à rechercher quels sont les formes et les effets de la dénonciation civique. Il suffit de préciser la nature de l'obligation qu'elle impose, non-seulement au médecin, mais à tous les membres du corps social.

Nous avons déjà dit que le secret médical, institué dans un but d'humanité, ne devait pas prévaloir contre les exigences de l'ordre public, et qu'en conséquence, l'homme de l'art qui rompait le silence pour accomplir le devoir de la dénonciation civique, échappait à toute responsabilité pénale ou pécuniaire. L'article 30 du Code d'instruction criminelle *permet* donc la révélation du crime ou du délit connus dans l'exercice de la profession; mais l'obligation légale existe-t-elle, en ce sens qu'une pénalité puisse être invoquée en cas de non-accomplissement du devoir? La négative est certaine. L'article 30 du Code d'instruction criminelle, de même que l'article 29, sont dénués de sanction. Cette omission n'est pas une lacune involontaire. Nous en trouvons la preuve dans la discussion préparatoire de la loi; on lit, en effet, dans le procès-verbal de la séance du Conseil d'État du 14 juin 1808 [1] « L'article 31 (qui est aujourd'hui l'article 30), est discuté. « M. Corvetto dit que ces mots : *toute personne*, rendent la « règle absolue et n'admettent aucune exception. Cependant « la loi forcera-t-elle le fils de dénoncer son père, le mari de « dénoncer son épouse? M. le comte Berlier observe que « l'article ne fait que poser une règle dont la sanction se « trouve, mais avec beaucoup de modifications, dans la partie « pénale du Code; on y verra que le défaut de révélation « n'est puni qu'à l'égard de quelques crimes d'État, et avec ex- « ception de certaines personnes, comme les parents en ligne « directe et les frères, sœurs, etc... L'article est adopté. »

[1] Locré, *Législation de la France*, t. XXV; *Code d'instr. crim.*, p. 157.

Digitized by Google

Il faut appliquer ici ce que M. le comte de Bastard disait à la Chambre des pairs en présentant le rapport de la loi de 1832 : « Dans l'impossibilité de fixer la limite entre ce que « l'intérêt public commande et ce qu'une certaine délicatesse « réprouve,... le législateur devait abandonner à la con- « science éclairée des citoyens l'accomplissement de ce « devoir. »

Le médecin appréciera dans sa conscience et dans la plénitude de sa liberté. Lui tracer, à ce point de vue, des règles fixes et invariables, serait tenter une entreprise téméraire qui défierait la complication des actions humaines et la diversité des situations possibles. Il en résultera, nous le savons, des perplexités douloureuses, des incertitudes poignantes pour l'âme de l'honnête homme. Le législateur s'est arrêté au seuil du libre arbitre; n'essayons pas de le franchir. En cette matière, la notion du devoir est variable. Respectons donc l'initiative d'autrui et craignons de blâmer des résolutions dont les principes nous échappent, parce qu'ils touchent aux intimités les plus profondes du cœur humain.

D. *De la révélation prescrite par l'article* 80 *du Code d'instruction criminelle.*

L'article 80 du Code d'instruction criminelle est ainsi conçu : « Toute personne citée pour être entendue en té- « moignage sera tenue de comparaître et de satisfaire à la « citation; sinon, elle pourra y être contrainte par le juge « d'instruction qui, à cet effet, sur les conclusions du pro- « cureur du roi, sans autre formalité ni délai, et sans appel, « prononcera une amende qui n'excédera pas 100 francs et « pourra ordonner que la personne citée sera contrainte par « corps à venir donner son témoignage. »

Cette disposition est étendue par le même Code aux témoins cités devant les tribunaux de police (art. 157), devant les tribunaux correctionnels (art. 189), devant les Cours d'assises (art. 304).

Elle impose deux devoirs aux médecins, celui de *comparaître* et celui de *satisfaire à la citation.*

L'obligation du secret n'exempte jamais le médecin de *comparaître.* Il trouve au contraire dans l'obéissance à la citation le moyen de faire valoir utilement la dispense de déposer dont il entend se prévaloir. Telle était la doctrine de

Digitized by Google

notre ancienne jurisprudence, et tels sont certainement les principes de notre droit moderne [1]. Il est nécessaire en effet que le juge vérifie la qualité du témoin et la valeur de l'exception proposée. Toute autre conduite de la part du médecin l'exposerait à l'amende portée par l'article 80.

Le témoin ne satisfait à la citation qu'en disant *toute la vérité, rien que la vérité,* suivant la formule du serment prescrit par la loi (art. 75, 155, 189, 317 C. instr. crim.).

Quelle sera la conduite du médecin appelé en témoignage? Devra-t-il, déclarant toute la vérité, rien que la vérité, révéler le crime dont il doit la connaissance à l'exercice de ses fonctions?

Un premier point est incontestable. Il peut parler. La révélation faite dans ce cas est licite. Provoqué par la justice, sollicité au nom de l'intérêt social, le médecin qui livre son témoignage aux magistrats ou aux jurés remplit un devoir civique et n'encourt aucune responsabilité [2]. L'obligation morale de la dénonciation imposée par l'article 30 du Code d'instruction criminelle *à toute personne témoin d'un crime* implique d'ailleurs la faculté d'en rendre témoignage.

Mais la révélation est-elle *obligatoire*? M. Legraverend est le seul criminaliste qui ait osé répondre affirmativement [3].

« La société tout entière, dit cet auteur, est intéressée à « la punition des crimes et délits. La loi défend de faire des « actes contraires aux mœurs, et les frappe de nullité; à « plus forte raison défend-elle de faire des actes criminels. « Il ne peut donc être permis à qui que ce soit, avocat, « avoué, notaire, de prêter son ministère à de pareils actes; « il ne peut lui être permis de se taire, lorsqu'il est inter- « rogé par la justice sur des actes de cette espèce, ou sur « des actes licites qui ont pour objet de couvrir d'un voile des « faits criminels aux yeux de la loi. Il doit donc déclarer « tout ce qu'il sait; il doit être mis, par des interpellations « précises, dans la nécessité de répondre catégoriquement « sur les faits qu'il importe d'éclairer et d'approfondir; et

[1] Muyart de Vouglans, *Lois criminelles,* liv. II. tit. IV, ch. I, n° 6, p. 786 F. Hélie, *Instruction criminelle,* IV, n° 1857, p. 482.

[2] *Théorie du Code pénal,* V, n° 1697, p. 19; Dalloz, *Répertoire,* v° *Révélation de secrets,* n° 31.

[3] *Législation criminelle,* I, p. 157.

Digitized by Google

« s'il refuse de dire la vérité, toute la vérité, on doit user « contre lui des voies de droit que la loi a mises, en pareil « cas, à la disposition de ses ministres. »

La doctrine et la jurisprudence s'accordent à repousser cette opinion. N'est-il pas évident que si l'ordre social est intéressé à la répression des crimes et des délits, il ne lui importe pas moins « de conserver à des fonctions sur les- « quelles la société s'appuie une indépendance qui seule « peut garantir les intérêts qu'on leur a confiés [1] ? » Porter jusqu'à ses dernières limites le droit de punir, exiger en son nom la violation des confidences les plus intimes, tout immoler en vue de l'expiation, c'est enlever du même coup leur sûreté et leur dignité à ces relations qui unissent le client à l'avocat, le malade au médecin et le pénitent au confesseur, et qui, elles aussi, touchent à l'ordre public. La punition de quelques criminels ne compense pas un si grand sacrifice.

L'étude des principes posés par la Cour de cassation permet d'arriver à la conciliation d'intérêts si divers. Ces principes sont les suivants:

1° L'obligation imposée par l'article 80 du Code d'instruction criminelle est générale et absolue. « *Toute personne citée pour être entendue en témoignage sera tenue de comparaître et de satisfaire à la citation.* » Le médecin, quoique tenu au secret, est compris dans cette expression *toute personne*. Il n'est donc pas dispensé de satisfaire à la citation. Il ne pourrait s'en exempter en déclarant qu'il n'a connu les faits sur lesquels son témoignage est requis que dans l'exercice de ses fonctions. Autrement la profession médicale créerait une exception qui n'est pas reconnue par la loi.

Il résulte de cette proposition qu'il existe une différence notable, au point de vue du secret médical, entre l'hypothèse qui nous occupe et l'article 378 du Code pénal. Le médecin qui révèle méchamment les faits dont il doit la connaissance à l'exercice de ses fonctions commet un délit. Appelé comme témoin, il peut et doit en déposer. Dans le premier cas, en effet, la révélation n'est dictée que par l'intérêt privé et souvent par la passion; elle ne s'inspire d'aucun motif d'ordre

[1] M. Faustin Hélie, *Rapport sur l'arrêt Lamarre* (Dalloz, R. P., 53, 1, 205).

Digitized by Google

public ou d'intérêt général. Il n'y a donc pas de raison pour restreindre l'obligation professionnelle et diminuer le respect dû à une confidence forcée et nécessaire. Dans le second cas, la révélation est demandée au nom de l'ordre public et le préjudice qui résulte d'une divulgation trouve sa compensation dans l'accomplissement d'une œuvre de justice[1].

2° L'obligation de satisfaire à la citation, imposée par l'article 80 du code d'instruction criminelle *à toute personne*, ne s'applique pas à *tous les faits* connus de cette personne. Elle ne comprend pas les faits confiés au médecin sous le sceau du secret ou qui seraient de nature à l'exiger.

Telle est la doctrine de Merlin[2] : « Les médecins, chirur-« giens, apothicaires et sages-femmes ne peuvent être forcés « de déposer sur les faits relatifs aux maladies qu'ils ont « traitées et pour lesquelles on leur a demandé le secret. »— Cette doctrine est adoptée aujourd'hui par tous les auteurs[3].

La Cour de cassation a proclamé ces principes dans son arrêt du 26 juillet 1845[4]. L'importance doctrinale de cette décision nécessite un exposé rapide des faits. Le docteur Saint-Pair, chirurgien de première classe de la marine, avait donné des soins à un sieur Giraud, blessé en duel. Cité comme témoin devant le juge d'instruction de la Pointe-à-Pître, il motiva son refus de répondre sur cette seule circonstance qu'il avait eu connaissance des faits dans l'exercice de sa profession. « Je suis appelé, dit-il, en qualité de médecin « pour répondre à des questions posées sur des faits dont « je puis avoir eu connaissance dans l'exercice de ma profes-« sion; je ne crois pas devoir répondre aux questions qui me « sont faites conformément aux dispositions du Code. » Par ordonnance du 10 décembre 1844 le juge d'instruction le condamna à 150 francs d'amende. Pourvoi en cassation contre cette ordonnance.

[1] Dalloz, *Répertoire*, v° *Témoin*, n° 43.

[2] Merlin, *Répertoire*, v° *Déposition*, § 2, n° 2.

[3] Chauveau et Hélie, *Théorie du Code pénal*, V, n°s 1694, 1699, p. 13 et 21; Faustin Hélie, *Instruction criminelle*, IV, n°s 1846 et suiv., p. 456; Dalloz, *Répertoire*, v° *Révélation de secrets*, n° 31; *Témoin*, n°s 43 et suiv.; *Avocat*, n°s 303 et suiv.; Briand et Chaudé, *Manuel de médecine légale* : Du secret en médecine.

[4] Ch. crim. rej. (Dr Saint-Pair C. *Min. pub.*), D. P., 45, 1, 340.

Digitized by Google

Appelé comme témoin devant la Cour d'assises de la Guadeloupe, le docteur Saint-Pair refusa de déposer, mais il ajouta sous la foi du serment « que ce qui s'était passé entre « lui et sieur Giraud était confidentiel, et que ce n'était que « secrètement qu'il avait été introduit près du blessé. » — Arrêt du 29 janvier 1845, qui décide que le docteur Saint-Pair ne sera pas entendu. — « Attendu que tout citoyen doit « fournir à la justice les renseignements qui sont de nature à « faire connaître la vérité;... Attendu que ce principe gé- « néral ne reçoit d'exception, en ce qui concerne les méde- « cins, que lorsque les questions auxquelles il sont appelés « à répondre touchent à des faits confidentiels, soit par leur « nature, soit par la volonté des parties; Attendu que s'il est « impossible d'admettre, dans sa généralité, la théorie sou- « tenue par le docteur Saint-Pair, il a déclaré devant la Cour « que, dans l'espèce, ce qui avait eu lieu entre lui et le sieur « Giraud avait été confidentiel; que ce n'avait été même que « secrètement qu'il avait été introduit dans sa chambre. » — Pourvoi du ministère public.

Devant la cour de cassation M. l'avocat général Quénault conclut à l'annulation de l'ordonnance du juge d'instruction et au rejet du pourvoi contre l'arrêt de la Cour. La chambre criminelle, au rapport de M. Vincent Saint-Laurent, et sous la présidence de M. Laplagne-Barris, rejeta les deux pourvois par les motifs suivants :

« Attendu que tout citoyen doit la vérité à la justice lors- « qu'il est interpellé par elle; qu'aucune profession ne dis- « pense de cette obligation d'une manière absolue, pas même « celles qui sont tenues au secret, au nombre desquelles sont « rangées, par l'article 378 du Code pénal, celles de médecin « et de chirurgien; qu'il ne suffit donc pas, à celui qui exerce « une de ces professions, pour se refuser à déposer, d'allé- « guer que c'est dans l'exercice de sa profession que le fait « sur lequel sa déposition est requise est venu à sa connais- « sance; mais qu'il en est autrement lorsque ce fait lui a été « confié sous le sceau du secret auquel il est astreint à raison « de sa profession; attendu, en ce qui concerne les médecins, « chirurgiens et sages-femmes, que si l'on admettait la dis- « pense de déposer dans le premier cas, la justice pourrait « se trouver privée de renseignements et de preuves indis-

Digitized by Google

« pensables à son action, sans aucun motif que le caprice du « témoin; que, si on le refusait dans le second, il en pourrait « résulter les inconvénients les plus graves pour l'honneur « des familles et pour la conservation de la vie des citoyens; « que ces intérêts exigent en effet, dans les cas particuliers « où le secret est nécessaire, que le malade soit assuré de le « trouver dans l'homme de l'art auquel il se confie; attendu « que la dispense de déposer, ainsi restreinte, a toujours été « admise dans l'ancienne jurisprudence, à laquelle n'a dérogé « aucune disposition de nos Codes;

« Et attendu, en fait, que, devant le juge d'instruction, le « sieur Saint-Pair s'est borné à déclarer, pour justifier son « refus de répondre, qu'il était appelé, en sa qualité de mé- « decin, pour répondre à des questions posées sur des faits « dont il pouvait avoir eu connaissance dans l'exercice de sa « profession; que c'est seulement devant la Cour d'assises « qu'il a déclaré, sous la foi du serment, que ce qui s'était « passé entre lui et le sieur Giraud avait été confidentiel, « ajoutant que ce n'était que secrètement qu'il avait été intro- « duit près du blessé; que, dans ces positions différentes, « d'après les principes ci-dessus fixés, le juge d'instruction a « pu condamner ledit sieur Saint-Pair à l'amende, comme la « Cour d'assises a été autorisée à le dispenser de déposer; — « Par ces motifs, rejette. »

Les principes affirmés dans cet arrêt ont été de nouveau consacrés par la Cour de cassation dans son arrêt du 10 juin 1853 [1]. Me Lamarre, notaire à Pontoise, cité devant le juge d'instruction, déclara ne pouvoir prêter serment que « sous « la réserve du secret qui lui était imposé pour les faits dont « il n'avait eu connaissance qu'en sa qualité de notaire et « dans l'exercice de ses fonctions. » Ordonnance qui le condamne à 100 francs d'amende. — Pourvoi.— La Cour, au rapport de M. Faustin Hélie, contrairement aux conclusions de M. l'avocat général Plougoulm : « Attendu, en fait, que devant « le juge d'instruction du tribunal de Pontoise, le sieur « Lamarre, interpellé d'expliquer l'emploi d'une somme fai- « sant partie du montant d'une obligation souscrite devant « lui, s'est borné à déclarer, pour justifier son refus de répon-

[1] Crim. rej. (Lamarre), D. P., 53, 1, 205.

Digitized by Google

« dre, qu'il n'avait eu connaissance de ce fait qu'en sa qualité « de notaire et dans l'exercice de ses fonctions ; que, dans cet « état, et d'après la règle ci-dessus posée, le juge d'instruc- « tion a pu condamner le demandeur à 100 francs d'amende « pour refus de déposition ; — Rejette. »

Le médecin devra donc affirmer le caractère confidentiel des faits sur lesquels sa déposition est requise. A quels signes pourra-t-il le reconnaître ? Il faut décider, avec la Cour de la Guadeloupe, que ce caractère peut résulter soit de la nature des faits, soit de la volonté des parties. La Cour suprême, dans l'arrêt Saint-Pair, ne contredit pas cette doctrine, qu'elle adopte d'ailleurs très-nettement dans un autre arrêt du 6 janvier 1855[1]. « La Cour..., attendu que toute per- « sonne appelée en témoignage est tenue de déclarer tous les « faits à sa connaissance, sous la seule restriction qu'imposent, « dans un intérêt d'ordre public, à certains témoins, les lois « et devoirs de sa profession ; que le tribunal de Montbrison, « en déclarant ainsi qu'il l'a fait que les avoués appelés en « témoignage seraient entendus pour déposer sur tous les faits « à leur connaissance, sans autres restrictions que celles qu'ils « jugeraient leur être imposées par les devoirs de leur pro- « fession à l'occasion des faits qui leur auraient été confiés « sous le sceau du secret, ou qui seraient de nature à exiger « le secret, n'a pas violé les dispositions de l'article 378 du « Code pénal et s'est conformé aux principes qui régissent « la matière ; — Rejette. »

Nous pensons aussi que l'appréciation des circonstances qui rendent les faits confidentiels et secrets ne peut relever que de la conscience du médecin. Tout contrôle judiciaire sur ces points délicats pourrait conduire à la destruction du secret. Telle est l'opinion exprimée par M. l'avocat général Quenault[2] : « Si, dans certaines circonstances au moins, « la loi du secret est inviolable, il semble que la conscience « du médecin doive seule en demeurer juge, car les magis- « trats ne pourraient apprécier les applications de la règle et « de l'exception dans les rapports avec les circonstances de

[1] Ch. crim. rej. (Desouches-Touchard et autres C. Jackson), D. P., 55, 1, 31.

[2] D. P., 45, 1, 340 (Saint-Pair).

Digitized by Google

« fait, sans porter eux-mêmes atteinte à l'inviolabilité du « secret. »

Telle est également la doctrine de la Cour de cassation. La chambre criminelle, dans les affaires Saint-Pair et Lamarre, s'est bornée à viser les déclarations faites par les témoins cités et à rechercher s'il en résultait l'affirmation d'un secret confié au médecin ou au notaire. Elle n'a pas examiné si l'appréciation du témoin était exacte. En outre, dans l'arrêt de 1855, la Cour dit expressément : « Sans autre res- « triction que celle qu'ils jugeront leur être imposée par le « devoir de leur profession. » Il convient enfin de citer, dans le même ordre d'idées, d'après MM. Briand et Chaudé, le fait relatif au docteur Cazeaux[1]. « En 1853, M. le docteur Ca- « zeaux se refusa à témoigner de faits dont il avait eu con- « naissance dans l'exercice de sa profession, encore bien que « toutes les parties intéressées lui eussent laissé toute liberté « à cet égard, et il porta la question devant l'Association des « médecins de Paris pour maintenir l'inviolabilité du secret « médical, dit le *Moniteur des Hôpitaux*. L'Association avait « adopté la réponse suivante pour être faite par M. Cazeaux « au magistrat interrogateur : « Je considère comme confi- « dentiels les rapports qui ont amené à ma connaissance les « faits sur lesquels vous m'interrogez. Je ne puis donc répon- « dre à votre question. » Cette réponse a été agréée par le mi- « nistère public qui, par conséquent, a renoncé à ses pour- « suites contre M. Cazeaux. »

Nous devons faire observer que la Cour de cassation, plus favorable aux avocats qu'aux médecins, dispense l'avocat de déposer non-seulement sur les faits qu'il déclare lui avoir été révélés confidentiellement, mais sur tous ceux qu'il apprend dans l'exercice de sa profession. Cette différence s'explique par les traditions professionnelles, conservées par la loi, comme usage du barreau[2].

C'est au moment où le médecin est requis de prêter serment comme témoin qu'il doit déclarer les réserves qu'il

[1] *Manuel de médecine légale :* Du secret en médecine. Thèse de M. Lavaux, p. 39.

[2] Ch. crim. rej., 20 janvier 1826 (Sourbe), 11 mai 1844 (Chabaudy, 24 mai 1862 (Brion); Dalloz, *Répertoire*, v° *Avocat*, n°s 303 et suiv., D. P., 62, 1, 545.

Digitized by Google

prétend apporter à sa disposition, à raison des devoirs que lui impose le secret médical. M. Faustin Hélie[1] pense même « que la déclaration faite après le serment prêté serait évi- « demment tardive;... que le témoin ne peut, sans violer la « religion de ce serment, restreindre la déposition et celer « tout ou partie de la vérité. Il renonce par là même à la dis- « pense qu'il pouvait invoquer. Il est acquis comme témoin à « l'instruction. » Cette décision, qui placerait le témoin, malgré lui, dans un cas de révélation obligatoire, nous semble bien rigoureuse. Le respect du secret médical intéresse l'ordre public, et c'est à ce titre que le médecin est dispensé de déposer dans certains cas où la violation de ce secret serait plus dangereuse. Ce n'est pas un bénéfice personnel à l'homme de l'art dont on puisse présumer l'abandon par l'omission ou l'accomplissement tardif d'une formalité. Le témoin d'ailleurs ne trouve pas dans la citation l'indication complète des faits sur lesquels son témoignage est demandé. Le développement de la procédure peut le conduire au delà de ses prévisions sur le terrain des faits confidentiels. Serait-il juste de lui interdire alors, en vertu de son serment, l'observation d'un devoir d'honneur et de conscience? Nous ne le pensons pas. Mais il est évident qu'au moment où le médecin jugera que le devoir du silence a remplacé celui du témoignage, il devra en faire la déclaration et la soumettre à l'appréciation du juge. M. Faustin Hélie invoque à l'appui de son opinion un arrêt de la Cour de cassation du 20 janvier 1826[2] dont il paraît tirer des inductions excessives. La Cour a seulement décidé que l'avocat « qui, avant de prêter serment, annonce « au tribunal qu'il ne se considère point comme obligé par « ce serment à déclarer comme témoin ce qu'il ne sait que « comme avocat, satisfait pleinement au vœu de la loi. » Il n'en résulte pas qu'une déclaration tardive oblige à la révélation du secret.

La dispense de déposer étant la conséquence d'un devoir professionnel reconnu par la loi, ne peut être invoquée par les témoins que ce devoir n'atteint pas, qu'elle que soit d'ailleurs l'analogie des situations. Par conséquent, ceux qui, sous la

[1] *Instruction criminelle*, IV, n° 1857, p. 482.

[2] Ch. crim. (Min. publ. C. Sourbé); Dallos, *Répertoire*, v° *Avocat*, n° 303.

Digitized by Google

direction des médecins, sont appelés à soigner accidentellement les malades, ne peuvent refuser leur témoignage à la justice. La Cour de cassation a decidé « que de même que la « peine de l'article 378 du Code pénal ne saurait les atteindre, « de même ils ne peuvent refuser à la justice les révélations « qu'elle leur demande dans l'intérêt de la société[1]. »

Les règles ci-dessus s'appliquent, par identité de motifs, aux enquêtes civiles[2]. Il est inutile de les examiner au point de vue des enquêtes disciplinaires, la comparution des témoins dans ces sortes d'instructions n'étant jamais obligatoire[3].

E. *De la révélation prescrite par les articles* 55 *et* 56 *du Code civil.*

L'obligation de faire la déclaration de la naissance des enfants, imposée aux médecins-accoucheurs, peut, dans certains cas, conduire à la révélation d'un crime ou d'un délit. Cette révélation est-elle obligatoire?

Les articles 55 et 56 du Code civil sont ainsi conçus :

Art. 55 : « Les déclarations de naissance seront faites, dans « les trois jours de l'accouchement, à l'officier de l'état civil « du lieu : l'enfant lui sera présenté. »

Art. 55 : « La naissance d'un enfant sera déclarée par le « père, ou, à défaut du père, par les docteurs en médecine « ou en chirurgie, sages-femmes, officiers de santé ou autres « personnes qui auront assisté à l'accouchement, et, lorsque la mère sera accouchée hors de son domicile, par la « personne chez qui elle sera accouchée. L'acte de naissance « sera rédigé de suite, en présence de deux témoins. »

La sanction de ces règles se trouve dans l'article 346 du Code pénal : « Toute personne qui, ayant assisté à un accou« chement, n'aura pas fait la déclaration à elle prescrite par « l'article 55 du même Code, sera punie d'une emprisonne« ment de six jours à six mois et d'une amende de 16 francs à « 300 francs d'amende. »

La déclaration de naissance, avec indication du nom de la mère, peut entraîner la révélation de crimes tendant à dé-

[1] Ch. crim. rej., 8 décembre 1864 (Degouts); *Bulletin crim.*, 1864, n° 278, p. 492.

[2] Voy. *Arrêts* Fournier et Teyssier cités ci-dessus; Dalloz, *Répertoire*, v° *Témoin*, n°s 47, 49.

[3] Décision du garde des sceaux du 20 novembre 1837; Dalloz, *ibid.*, n° 40.

Digitized by Google

truire la preuve de l'état-civil d'un enfant (art. 345, C. pén.), et du délit d'adultère, s'il s'agit d'une femme séparée de corps ou en instance de séparation de corps, qui accouche dans les conditions prévues par l'article 312, Code Napoléon. Ces conséquences seront évitées si la déclaration peut être faite sans énonciation du nom de la mère. La question est donc de savoir si l'article 346 du Code pénal est applicable au silence volontairement gardé sur ce nom. Vivement controversée autrefois, cette question paraît définitivement résolue dans le sens de la négative.

Les Cours impériales de Paris [1] et de Dijon [2] ont admis que l'obligation imposée aux médecins s'appliquait non-seulement au fait matériel de la naissance de l'enfant, mais aussi à toutes les énonciations de nature à constituer et à assurer son état civil, dans les termes de l'article 57 du Code Napoléon, qui prescrit, en effet, d'énoncer dans l'acte *les prénoms, noms, profession et domicile des père et mère.* Les Cours d'Agen [3] et d'Angers [4] se sont prononcées en sens contraire. C'est en ce sens également qu'a statué la Cour suprême par ses arrêts des 16 septembre 1843, 1er juin 1844, 1er août 1845, qui ont mis fin à la controverse [5]. La jurisprudence de la Cour de cassation est fondée sur une raison décisive en droit criminel. L'article 346 du Code pénal ne punit *que l'omission de la déclaration prescrite par l'article* 56 *du Code civil ;* or, l'article 56 ne prescrit que la *déclaration de la naissance.* La pénalité ne pouvait donc être étendue aux déclarations exigées par l'article 57 du même Code et par conséquent au refus de déclarer le nom de la mère. Aussi M. Demolombe, qui pense que la solution donnée par la Cour de cassation est contraire à l'esprit de le loi civile, reconnaît-il qu'en droit criminel une opinion contraire ne pouvait prévaloir [6].

La Cour de cassation cependant n'invoque pas sans réserve

[1] Paris, 20 avril 1843 (Depuille), Dalloz, *Répertoire*, v° *État civil*, n° 238.
[2] Dijon, 14 août 1840 (Clertau), Dalloz, *ibid.*
[3] Agen, 20 avril 1844 (Rigaud), Dalloz, *ibid.*, n° 234.
[4] Angers, 18 novembre 1850 (Chédanne), D. P., 51, 2, 20.
[5] Ch. crim. rej., 16 septembre 1843 (Mallet), D. P., 44, 1, 137; 1er juin 1844 (Romieux et Demasson), 44, 1, 282, 283; 1er août 1845 (Prévost), 45, 1, 363.
[6] Demolombe, I, *Actes de l'état civil*, n° 294.

Digitized by Google

l'argument tiré de l'article 346 du Code pénal. Elle s'appuie en même temps sur l'obligation du secret imposée au médecin par l'article 378 du même Code, et ne semble exonérer l'accoucheur des pénalités de la loi que dans le cas où le secret aurait été exigé par la mère. On lit en effet dans l'arrêt de 1844 « que l'article 346 ne peut spécialement être appli- « qué, en ce qui concerne la désignation du nom de la mère, « au médecin qui n'a su qu'à raison de son état, la grossesse « et le nom de la mère, et à qui tout a été confié sous le « sceau du secret;... que le silence sur toutes ces choses à « lui confiées lui est imposé par l'article 378 du même Code;... « que telle était la position dans laquelle se trouvait placé le « docteur Romieux. »

Dans l'arrêt de 1845, la Cour, « attendu que les personnes « qui ont assisté à l'accouchement sont affranchies de la « pénalité établie par l'article 346, lorsqu'elles ont déclaré « le fait de la naissance et les circonstances accessoires qui « sont à leur connaissance ; attendu de plus... que les « sages-femmes peuvent être rendues dépositaires de se- « crets de famille;... Attendu, en fait, qu'il est constaté « dans l'espèce que la femme Prevost a été rendue déposi- « taire, par la mère de l'enfant,... et en qualité de sage- « femme, du secret relatif à la filiation de cet enfant; re- « jette. » — Il résulte des termes de ces deux arrêts que la discrétion professionnelle permet au médecin de taire le nom de la mère, si le secret lui a été demandé. Il en serait de même s'il jugeait dans sa conscience qu'il n'a connu la filiation de l'enfant que dans des circonstances confidentielles de leur nature.

La même discrétion est légitime dans le cas où la révélation du lieu de l'accouchement peut conduire à la découverte du nom de la mère [1].

Cette faculté d'appréciation, laissée par la jurisprudence au corps médical, résout une difficulté qui paraît « fort « embarassante » à M. Trebuchet [2]. « Un médecin, dit cet « auteur, est appelé auprès d'une femme en couches. Il

[1] Angers, 18 novembre 1850 (D. P., 51, 2, 20). Voy. Briand et Chaudé, *Manuel de médecine légale :* De l'accouchement.

[2] *Op. cit.*, p. 281.

Digitized by Google

« reconnnaît cette femme, dont le mari est infirme et ma-
« lade depuis longtemps, et qui, voulant lui cacher la faute
« qu'elle a commise, a quitté son domicile sous un pré-
« texte spécieux, et a pris un nom supposé. Ce médecin
« sait que cette femme est mariée, que s'il déclare les faux
« noms qu'elle a pris il va priver un enfant de sa possession
« d'état... que faire?... Il doit faire ainsi sa déclaration à la
« mairie: Enfant d'une personne qui nous a dit se nommer
« Paul. » Cette conduite associe indirectement le médecin à un crime. Le silence autorisé par la loi le préserve de ce danger.

F. *De la révélation prescrite par les articles* 471 *n°* 15 *et* 475 *n°* 2 *du Code pénal.*

L'autorité administrative et le pouvoir municipal ont invoqué à diverses reprises ces deux articles pour soumettre les maisons de santé dirigées par les médecins, et les maisons d'accouchement tenues par des sages-femmes, à un régime de publicité et de surveillance qui équivaut à la suppression du secret professionnel.

L'article 475 est ainsi conçu: « Seront punis d'amende
« depuis 6 francs jusqu'à 10 francs inclusivement: les
« aubergistes, hôteliers, logeurs ou loueurs de maisons
« garnies, qui auront négligé d'inscrire de suite et sans
« aucun blanc, sur un registre tenu régulièrement, les
« noms, qualités, domicile habituel, date d'entrée et de
« sortie de toute personne qui aurait couché ou passé une
« nuit dans leurs maisons; ceux d'entre eux qui auraient
« manqué à représenter ce registre aux époques déterminées
« par les règlements, ou lorsqu'ils en auraient été requis,
« aux maires, adjoints, officiers ou commissaires de police,
« ou aux citoyens commis à cet effet. »

L'obligation de tenir ce registre et de le représenter à toute réquisition est-elle applicable aux médecins et aux sages-femmes, considérés comme *loueurs de maisons garnies?* La Cour de cassation, par une jurisprudence très-ancienne. a toujours repoussé l'extension donnée en ce sens, par le pouvoir municipal, aux termes employés par la loi. L'article 475, n° 2, reproduit une disposition empruntée presque textuellement à la loi des 19-22 juillet 1791, article 22. Déjà sous l'empire de cette législation la Cour suprême avait

Digitized by Google

jugé que la loi ne s'appliquait pas aux sages-femmes et aux accoucheuses, non plus qu'aux officiers de santé qui logent chez eux des malades[1]. Depuis la promulgation du Code pénal, cette même doctrine a été affirmée par la Cour dans deux arrêts du 12 septembre 1846[2]. La Cour a jugé que les sages-femmes ne pouvaient être assimilées aux aubergistes, ni tenues des obligations auxquelles ceux-ci sont soumis; que la disposition de l'article 475 du Code pénal était limitative et que l'article 378 du même Code s'opposait à une assimilation contraire au secret médical; que l'autorité administrative ne pouvait étendre l'un ni dispenser des devoirs imposés par l'autre.

A défaut de l'article 475 du Code pénal, l'article 471 donne-t-il à l'administration des pouvoirs plus utiles?

L'article 471 porte : « Seront punis d'amende, depuis « 1 franc jusqu'à 5 francs inclusivement : 15° Ceux qui au- « ront contrevenu aux règlements légalement faits par l'au- « torité administrative, et ceux qui ne se seront pas con- « formés aux règlements ou arrêtés publiés par l'autorité « municipale, en vertu des articles 3 et 4, titre XI, de la loi « des 16-24 août 1790. »

La loi du 14 décembre 1789 porte, article 50 : « Les fonc- « tions propres au pouvoir municipal, sous la surveillance « et l'inspection des assemblées administratives, sont..... de « faire jouir le habitants des avantages d'une bonne police, « notamment de la propreté, de la salubrité, de la sûreté « et de la tranquilité dans les rues, lieux et édifices pu- « blics. »

La loi des 16-24 août 1790, titre XI, dispose, art. 3 : « Les objets de police confiés à la vigilance et à l'autorité « des corps municipaux sont : 3° le maintien du bon ordre « dans les endroits où il se fait de grands rassemblements « d'hommes, tels que les foires, marchés, réjouissances et « cérémonies publiques, spectacles, jeux, cafés, églises et « autres lieux publics. »

Enfin la loi des 18-22 juillet 1837, article 11, confère au

[1] 29 fructidor an X (Ovide Lallemand); Dalloz, *Répertoire*, v° *Contravention de police*, n° 275.

[2] Crim. rej., 12 septembre 1846 (Senget, Dorcy), D. P., 46, 4, 38, n° 17.

Digitized by Google

maire « le droit de prendre des arrêtés à l'effet d'ordonner « les mesures locales sur les objets confiés par les lois à sa « vigilance et à son autorité. »

En vertu de ces lois, l'autorité municipale, considérant les maisons de santé et d'accouchement comme *lieux publics*, a tenté, à plusieurs reprises, de les soumettre à des obligations inconciliables avec le devoir du secret. La Cour de cassation a déclaré illégaux les arrêtés pris dans ces circonstances et a rejeté les pourvois formés contre les sentences des tribunaux de police municipale qui avaient refusé d'appliquer l'amende aux contrevenants.

Il résulte de cette jurisprudence :

1° Que l'autorité municipale ne peut défendre aux sages-femmes de recevoir en pension des femmes enceintes étrangères à la ville; un semblablable règlement est en dehors des pouvoirs confiés aux maires par la loi [1];

2° Que l'autorité municipale ne peut imposer aux sages-femmes l'obligation de déclarer à la mairie les noms des personnes enceintes qui voudraient faire leurs couches dans leurs établissements. Un semblable règlement ne rentre pas dans les pouvoirs conférés aux maires par la loi. Il est contraire à l'article 378 du Code pénal. La conservation de l'état civil de l'enfant est suffisamment assurée par l'obligation dont la sage-femme est tenue de déclarer le fait de la naissance [2];

3° Que l'autorité municipale ne peut imposer aux sages-femmes l'obligation de tenir registre des noms des personnes qui viennent faire leurs couches chez elles [3];

4° Qu'enfin, l'autorité municipale ne peut exercer sur les maisons d'accouchement le droit de surveillance qui lui appartient sur les lieux publics [4]. La Cour a jugé que ce droit de surveillance ne pouvait résulter que d'une loi

[1] Arrêté du maire de Strasbourg; Crim. rej., 30 août 1833 (Couleaux), D. P., 33, 1, 308.

[2] Même arrêt. Arrêté du maire de Stenay. Crim. rej., 22 août 1845 (femme Lhôte), D. P., 45, 4, 47, n° 14.

[3] Arrêté du préfet de la Manche. Crim. rej., 1er juin 1846 (femme Loisif), D. P., 45, 1, 233.

[4] Arrêté du préfet de la Manche. Crim. rej., 23 janvier 1864 (femme Hardy), D. P., 64, 1, 152.

Digitized by Google

spéciale qui n'existait pas, ou des principes posés par les lois générales; que les lois du 14 décembre 1789 et des 17-24 août 1790 exigent des conditions de publicité qui n'existent pas dans l'espèce ; qu'en effet : « les maisons « d'accouchement où les femmes enceintes viennent cher- « cher, en même temps que les soins particuliers qu'exige « leur état, le secret que l'article 378 du Code pénal leur « garantit, et qui importe autant au respect des mœurs « qu'à l'intérêt et à l'honneur des familles, ne sauraient être, « sans un étrange abus de langage, considérés comme des « lieux publics soumis à la surveillance de l'administration, « et ouverts de tout temps aux agents même les plus subal- « ternes de la police. »

Toutefois l'administration peut, à un autre titre, exercer sur ces maisons une surveillance effective. Investie par la loi des 16-24 août 1790, tit. XI, article 3, n° 5, du droit « *de prévenir par des précautions convenables..... les accidents et fléaux calamiteux tels que... les épidémies,* « l'autorité municipale peut régler le nombre des pensionnaires que les sages-femmes peuvent recevoir [1]. Renfermée dans ces limites, la surveillance administrative ne porte pas atteinte aux obligations imposées par le devoir du secret.

2° *De la révélation provoquée par l'intérêt privé.*

La question médico-légale que soulève le conflit entre l'intérêt privé et le secret professionnel est celle-ci : L'autorisation donnée par celui qui a rendu le médecin dépositaire d'un secret, oblige-t-elle ce médecin à révéler le crime ou le délit dont il a eu connaissance dans la pratique de son art ?

Nous avons déjà vu que cette provocation déchargeait le médecin de toute responsabilité pénale ou pécuniaire dans le cas où le secret concernait uniquement le provocateur. Le médecin *peut* donc parler. Telle était la doctrine de notre ancien droit. Muyart de Vouglans [2] dit, en parlant des témoins qui ne peuvent être entendus à raison du devoir de *discrétion* qui leur incombe : « La loi ne veut pas qu'on

[1] Arrêté du préfet de police de la Seine. Ch. crim. rej.. 3 août 1866 (Bertin), D. P., 66, 1, 452.

[2] Muyart de Vouglans, *Lois criminelles*, liv. II, tit. IV, ch. 1, n° 6, p. 786.

Digitized by Google

« puisse les contraindre à déposer dans les procès crimi-
« nels... quoiqu'ils puissent être admis à le faire lorsqu'ils
« y sont provoqués par ceux dont ils ont le secret, ou qu'il
« s'agit d'établir la preuve de leurs faits justificatifs. » La doctrine moderne professe les mêmes principes [1].

Le médecin est-il *obligé* de révéler le secret? Pourrait-il, dans l'hypothèse d'nne autorisation donnée, être puni des peines réservées aux témoins qui ne satisfont pas à la citation, s'il refusait de déposer? L'affirmative serait évidente si l'institution du secret médical se rattachait exclusivement à l'intérêt privé. L'abdication de cet intérêt éteint l'obligation du dépositaire. Mais le secret médical touche à l'ordre public, car l'humanité exige que les malades, rassurés par la discrétion professionnelle, aient recours. sans crainte, à la science du médecin et ne préfèrent pas se priver de son assistance. Or, des révélations trop facilement obtenues ébranleraient cette confiance; la dignité de l'homme de l'art serait atteinte, et l'on verrait s'évanouir comme illusoire cette garantie qui résulte du devoir constamment pratiqué. Le malade est mauvais juge d'ailleurs de la révélation qu'il provoque; il n'en connaît pas d'avance toute la portée; il ignore peut-être l'étendue de son mal. Qui sait s'il pourra supporter le poids de la vérité tout entière?

Le consentement de la partie intéressée laisse donc au médecin sa liberté complète d'appréciation.

D'accord avec ces principes, les Cours de Montpellier et de Grenoble [2], dont nous avons cité plus haut les décisions, ont jugé que l'autorisation de la partie ne suffisait pas pour contraindre un médecin et un notaire à la révélation du secret dont on sollicitait la divulgation. La Cour de cassation a même décidé que le droit de défense, qui appartient aux prévenus devant les tribunaux de répression, n'imposait pas aux témoins cités à décharge, l'obligation de révéler les confidences reçues à raison de leurs fonctions [3] : « Attendu,

[1] Dalloz, *Répertoire*, v° *Révélation de secrets*, n°s 34, 35; Hélie et Chauveau, *Théorie du Code pénal*, V, n° 1698.

[2] Montpellier, 24 septembre 1837 (Teyssier); Grenoble, 23 août 1828 (D^r Fournier C. D^e Rémusat,. Voy. Dalloz, *Répertoire*, v° *Témoin*, n°s 47, 49.

[3] Ch. crim. rej., 6 janvier 1855 (Desouches-Touchard C. Jackson), D. P., 55, 1, 31.

Digitized by Google

« dit la Cour, que le tribunal de Montbrison, en déclarant, « ainsi qu'il l'a fait, que les avoués appelés en témoignage « seraient entendus pour déposer sur tous les faits à leur con- « naissance, sans autres restrictions que celles qu'ils jugeraient « leur être imposées à l'occasion des faits qui leur avaient été « confiés sous le sceau du secret, ou qui seraient de nature à « exiger le secret, n'a pas violé la disposition de l'article 368 « du Code pénal et s'est conformé aux principes de la ma- « tière. Rejette. »

En résumé :

Les articles 103, 104, 105, 106, 107 du Code pénal relatifs à la non-révélation des crimes contre la sûreté de l'État, les articles 136 et 137 du même Code relatifs à la non-révélation du crime de fausse monnaie, sont législativement abrogés;

La question de savoir si l'édit de décembre 1666 est encore en vigueur, est sans intérêt pratique;

Les articles 30 et 80 du Code d'instruction criminelle laissent au médecin une liberté absolue d'appréciation au point de vue de la dénonciation et du témoignage;

Les articles 55 et 56 du Code civil relatifs aux déclarations de naissance, combinés avec l'article 346 du Code pénal, n'imposent aux médecins que l'obligation de déclarer le fait matériel de la naissance, sans indication du nom de la mère;

L'article 475, n° 2, du Code pénal n'est pas applicable aux maisons de santé ou d'accouchement;

L'article 471, n° 15, du même Code et la loi des 16-24 août 1790 ne permettent pas à l'autorité municipale de soumettre ces maisons à un régime incompatible avec le secret professionnel;

Le consentement de la partie intéresée n'oblige pas le médecin à la révélation du secret;

La révélation obligatoire du secret médical n'existe donc pas dans notre législation. H. HÉMAR.

Digitized by Google

EXAMEN DU PROJET DE LOI CONCERNANT DE PAUVRES ENFANTS

CONNUS SOUS CE NOM POPULAIRE : *les petits Italiens.*

Par Émile QUÉTAND,
avocat à la Cour impériale de Paris.

Le sort de l'enfant mérite surtout d'appeler l'attention du législateur. Faible, sans défense, l'enfant doit trouver une protection dans les lois civiles et pénales, tel est le principe dont nous voyons l'application dans les Codes, de tous les pays civilisés. On a présenté récemment au sénat italien un projet de loi concernant les pauvres enfants bien connus à Paris sous cette dénomination devenue populaire : *Les petits Italiens.* Nous citerons quelques fragments du discours prononcé, à ce sujet, par M. le comte Menabrea :

« Vous savez, dit-il, que des hommes avides d'argent, pro-
« fitant de la misère où se trouvent les habitants de quelques
« localités de l'État, soit à cause du peu de fertilité du sol,
« de la difficulté des moyens de communication ou du
« manque d'instruction des habitants, proposent d'accomplir
« une œuvre en apparence profitable et généreuse et que des
« parents pauvres leur confient de jeunes enfants qu'ils con-
« duisent en pays étranger, dans les plus grands centres de
« la civilisation, pour exercer le métier de saltimbanque,
« de chanteur ou de musicien ambulant. En réalité, ces en-
« fants leur sont loués, et pour ainsi dire vendus, moyennant
« une modique somme; accablés de fatigues, de peines, de
« privations, voués inévitablement à une vie errante, à la
« mendicité, au vice et même exposés à commettre des dé-
« lits, ils deviennent des instruments de gain. »

Le projet de loi se compose de onze articles dont voici les principales dispositions : Il est défendu de louer ses propres enfants ou ses pupilles (de l'un ou de l'autre sexe), âgés de moins de seize ans, pour leur faire exercer le métier de saltimbanque, de chanteur ou de musicien ambulant sous ce nom ou sous une tout autre dénomination.

Les actes passés entre les parents, tuteurs et patrons sont nuls, tant dans le royaume italien qu'en pays étranger. En

Digitized by Google

cas de contravention, les parents et les tuteurs sont passibles d'un emprisonnement de trois mois à un an, et d'une amende de 500 à 1000 livres, de l'interdiction perpétuelle, ou temporaire, de la puissance paternelle et de la tutelle.

Lorsqu'il aura été fait entre les parties un acte de cession et que cet acte n'aura pas reçu d'exécution, par une cause indépendante de leur volonté, il y aura lieu à une amende de 100 à 300 livres. Ceux qui auront servi d'intermédiaires, pour de pareils actes, seront punis d'un emprisonnement de trois mois à un an et d'une amende de 300 à 500 livres, quand même les enfants n'auraient pas encore été confiés à leurs patrons.

Le projet de loi ne se contente pas d'infliger une punition aux parents, aux tuteurs et à ceux qui leur auraient servi d'intermédiaires, il y fait participer aussi les patrons eux-mêmes; cela résulte des deux paragraphes de l'article 4. Les patrons sont passibles d'un emprisonnement d'un an à deux ans et d'une amende de 500 à 1000 livres et si l'enfant a été abandonné, privé de nourriture, soumis à de mauvais traitements ou à des traitements capables de nuire à sa santé, la peine peut être portée à trois ans, à moins que le fait ne constitue un crime plus grave.

Les officiers publics, autorisés à délivrer des passeports pour l'étranger, seront punis disciplinairement s'ils en délivrent à des mineurs de seize ans, et que les circonstances leur aient permis de savoir que ces enfants étaient destinés à l'un des métiers indiqués dans l'article 1er du projet de loi. On peut appeler de leur décision, en cas de refus, et se pourvoir auprès du ministère des affaires étrangères.

Les dispositions de la loi s'appliquent aux enfants mineurs de seize ans employés à l'étranger pour un temps déterminé ou indéterminé. Les agents diplomatiques et consulaires sont chargés de pourvoir d'office au rapatriement immédiat des enfants compris sur la liste qu'ils auront dressée dans les six mois de la publication de la loi. Les frais seront avancés par l'État, sauf son recours contre les patrons, les parents et les tuteurs.

Quant à l'action pénale pour les faits prévus par la loi, elle est exercée d'office, même par contumace, contre les sujets absents du royaume. Les dispositions du livre 1er du Code

Digitized by Google

pénal et celles concernant la compétence judiciaire, sont applicables en tant que la loi nouvelle n'y a pas dérogé. Enfin, la preuve du délit peut être faite au moyen des procès-verbaux, des rapports, des lettres et des autres documents envoyés des pays étrangers.

Le lecteur peut juger, par ce simple exposé, combien le gouvernement italien a pris à cœur de protéger ses nationaux, en punissant sévèrement un trafic blâmable. Y a-t-il là une atteinte à la liberté individuelle? La pénalité est-elle proportionnée au délit? les criminalistes auront à l'examiner. Sur le premier point, nous pensons que la liberté individuelle est respectée. La loi pénale indique la limite du bien en désignant où le fait répréhensible commence et dans quelles conditions il mérite d'être puni. Personne n'a le droit d'agir *per fas et nefas;* au législateur appartient le pouvoir de protéger la société par la répression des actes criminels, des faits délictueux qui portent une atteinte à la personne ou aux biens. Le projet de loi porte-t-il atteinte à la puissance paternelle? Nous ne le croyons pas davantage, car, au titre de la puissance paternelle comme au titre de la minorité et de la tutelle, nous voyons des limites assignées à l'autorité des parents, à l'autorité des tuteurs, le législateur ayant eu soin de défendre la personne et les biens des mineurs contre des actes susceptibles de leur nuire.

Nous avons esquissé rapidement ce projet de loi, afin de le faire connaître à nos lecteurs avant les discussions parlementaires qui ne tarderont pas à s'engager sur cette grave question. Le gouvernement a eu la pensée de réprimer un mal qui va toujours croissant. Mettre sous la protection des lois les *petits italiens*, est une œuvre d'humanité; nous espérons donc que le Parlement sanctionnera bientôt, par son vote, le projet de loi qui va lui être soumis. ÉMILE QUÉTAND.

Digitized by Google

BIBLIOGRAPHIE.

HISTOIRE DE LA LÉGISLATION ITALIENNE[1],

Par M. le comte Sclopis, membre associé de l'Académie des sciences morales;

traduite par Charles Sclopis, juge d'instruction à Marmande.

Compte rendu par M. Faustin Hélie,
conseiller à la Cour de cassation, membre de l'Institut.

Cette traduction est publiée depuis quelques années; mais il n'en a point été rendu compte dans la Revue, et comme l'ouvrage qu'elle a pour objet de faire connaître en France a une grande valeur scientifique, il nous paraît utile de remplir cette lacune.

L'Italie est en quelque sorte la patrie du droit, et même dans nos temps modernes elle n'a point dégénéré. A l'époque de la Renaissance, tous les regards se portent sur les Universités de Bologne et de Padoue. Les légistes se sont multipliés sur cette terre féconde, et c'est de là encore qu'au XVIII[e] siècle sortirent toutes les réformes et tous les travaux qui renouvelèrent notre législation pénale. Il n'est pas possible de connaître l'histoire du droit sans étudier les phases diverses de l'école italienne.

L'œuvre de M. Sclopis est une large exposition des vicissitudes de la législation. Elle se divise en trois parties; la première qui a pour sujet les origines, la deuxième les progrès et la troisième l'état actuel de cette législation.

La première partie est empreinte d'un puissant intérêt. L'auteur y traite à un point de vue nouveau de nombreuses questions qui n'ont point encore trouvé une solution définitive. Il apporte de nouvelles preuves à l'appui de la thèse, soutenue par M. de Savigny, que le droit romain n'a jamais disparu de cette terre qui fut son berceau, et c'est par cette continuation des idées romaines qu'il explique que la barbarie y fut moins profonde que partout ailleurs et que la lumière de la civilisation l'éclaira d'abord. L'histoire de l'École

[1] 3 volumes in-8°, chez Durand.

Digitized by Google

de Bologne et de la reprise de l'étude de la jurisprudence romaine présente de curieux détails: les écoles surgissent de toute part, non-seulement à Padoue, mais à Pise, à Ferrare, à Pérouse, à Modène, à Pavie. Dans toutes les villes importantes il se forma un collége de jurisconsultes qui constituaient une sorte de tribunal auquel s'adressaient les parties. La jurisprudence devint une science, mais cette science se traîna pendant longtemps dans les gloses dont notre auteur explique très-doctement les origines et les méthodes. Après les glossateurs viennent les commentateurs moins pénétrants dans leurs investigations et plus prolixes dans leurs écrits. La simplicité des premiers avait une certaine vigueur qui éveillait l'attention; la méthode scolastique et stérile des autres l'endormit. La théorie de l'opinion commune, qui se fondait sur la pluralité des avis des docteurs, régna longtemps dans les tribunaux. On édifiait cette opinion commune avec des litanies d'autorités.

Ce n'est qu'au commencement du XVI^e^ siècle qu'on voit surgir en Italie les premières lueurs d'une jurisprudence purifiée par les études d'une saine critique. L'une des sources de cette jurisprudence est, suivant notre auteur, dans la domination des Lombards dont le gouvernement, d'après une remarque déjà faite par Machiavel et Muratori, renfermait le germe d'institutions vigoureuses. Il faut admettre alors avec Vico « que le droit féodal est issu de l'incendie du droit romain par les barbares et le droit romain à son tour de l'incendie des fiefs.» C'est du régime féodal, qui fut une transition entre la civilisation ancienne et la moderne, que sortirent la monarchie et la liberté. En Italie d'ailleurs l'institution féodale ne fut pas si complète que dans nos contrées; le franc alleu était la règle et le fief l'exception. Notre auteur explique avec une grande autorité toutes les phases de la législation.

L'étude des lois ecclésiastiques tient une grande place dans ce livre, et il en devait être ainsi, car elles ont puissamment influé sur toutes les parties de l'ordre social. Les collections des décrétales en répandirent l'étude, et les formes qui y étaient indiquées ne tardèrent pas à être appliquées. Nous avons étudié dans notre *Traité de l'instruction criminelle* l'influence qu'elles exercèrent sur la législation pénale. Nous

Digitized by Google

noterons en passant que M. Sclopis, comme nous l'avons fait, fait remonter aux procès d'hérésie la forme inquisitoriale qui s'étendit au XVI^e^ siècle à toute la législation. Notre auteur enseigne également « que l'idée dominante aujourd'hui dans toute organisation de lois criminelles, que la peine doit être un remède et non une vengeance, que les châtiments corporels doivent tendre au perfectionnement moral, en un mot, ce qu'on appelle le système pénitentiaire, doit son origine aux institutions ecclésiastiques. » Ce n'est pas ici le lieu de discuter cette opinion. Il est certain que les *Canones pœnitentiales* ont joué un grand rôle dans la jurisprudence du moyen âge; et l'on peut reconnaître à certaines dispositions de la législation l'influence qu'ils ont exercée.

Nous ne pouvons suivre M. Sclopis dans toute la carrière qu'il parcourt. Nous aurions aimé cependant, après avoir constaté avec lui toutes les origines de la législation italienne, en étudier les progrès successifs. Nous aurions vu combien ces progrès ont été lents et laborieux et par quelles patientes souffrances ils ont été achetés. Il semble que chacun des principes de nos lois doit être considéré comme une conquête qui n'a été acquise qu'avec de longues luttes. Et toutefois, quand l'auteur arrive, dans son troisième volume, à tracer le dernier état de la législation, à indiquer le résultat de tous les travaux accomplis, à constater tout ce qui a été fait, combien on voit ce qu'il reste à faire encore, combien le travail commencé paraît insuffisant, combien la tâche de l'avenir est grande! L'Italie peut, ce livre à la main, en mesurer l'étendue; elle voit ce qu'elle a fait; elle comprend ce qui lui reste à faire.

Il serait injuste de terminer ce compte rendu sans rendre hommage à l'excellente et savante traduction qui a rendu ce livre accessible à tous. Pour traduire une œuvre scientifique comme celle-ci et pour la traduire avec autant d'exactitude et d'élégance, il fallait un profond savoir, il fallait un esprit versé dans l'étude de l'histoire du droit, il fallait un rare talent d'écrivain. M. le comte Sclopis, dans la préface de cette édition, dit: « Le traducteur instruit, capable et obligeant que j'ai eu le bonheur de rencontrer, mérite autant la confiance du public que la reconnaissance de l'auteur. Je me plais à lui rendre ce témoignage, ne pouvant mieux reconnaître tout

Digitized by Google

ce qu'il a fait pour que cette publication fût digne du public éclairé auquel elle est destinée. » Nous pouvons, après avoir lu ce livre, donner à M. Charles Sclopis le même témoignage. Heureuse la magistrature qui compte, parmi les simples juges d'un petit tribunal, un magistrat aussi instruit et aussi laborieux.

FAUSTIN HÉLIE.

NOUVEAU TRAITÉ DE LA PRESCRIPTION EN MATIÈRE CIVILE,

Par A. LE ROUX DE BRETAGNE,
Conseiller à la Cour de cassation, membre de la Haute Cour de justice, officier de l'Ordre impérial de la Légion d'honneur.

Compte rendu par Daniel DE FOLLEVILLE,
Agrégé, chargé d'un cours de Code Napoléon à la Faculté de droit, et avocat à la Cour impériale de Douai.

Entre tous les objets dignes de fixer l'attention des jurisconsultes et des philosophes, la matière de la prescription occupe assurément l'un des premiers rangs. D'une part, en effet, cette institution, dans son vaste rayonnement, s'étend sur tout le domaine du droit, jusqu'à ses plus extrêmes limites; d'autre part elle soulève, soit dans son application, soit dans son principe même, les plus graves controverses. De plus, les ouvrages à consulter, Merlin, Vazeille, Duranton, Troplong, Marcadé lui-même, remontent à une date déjà assez éloignée. Les fils de M. le Roux de Bretagne ont donc fait une œuvre à la fois utile et opportune, en publiant sous ce titre, *Nouveau traité de la prescription en matière civile*, les notes accumulées par l'éminent magistrat durant le cours de sa laborieuse existence. Le nom de l'auteur était déjà un sûr garant de la valeur du livre. Son expérience pratique, jointe à un immense savoir, lui permettait d'apporter des documents nouveaux dus au développement progressif du droit mis chaque jour, sous ses yeux, aux prises avec les exigences et les imprévus de la vie sociale. Aussi le nouvel ouvrage contient-il autre chose que le commentaire exclusif des articles 2219 à 2281, qui forment dans le Code Napoléon le sujet nettement circonscrit de la prescription : il con-

Digitized by Google

stitue une revue générale des principes qui régissent l'acquisition ou la libération par l'effet du temps. M. le Roux de Bretagne prend même la peine, dans sa préface, d'avertir le lecteur qu'il parcourra successivement les diverses matières du droit, tout en se renfermant dans la prescription civile : « J'ai étendu mon sujet, dit-il, au delà des limites dans les- « quelles plusieurs de mes devanciers l'avaient circonscrit..... « J'ai voulu réunir ce que j'ai appris, sur cette matière aussi « importante que difficile, dans une longue carrière consa- « crée tout entière à l'étude et à l'application des lois. »

L'ouvrage, divisé en deux volumes, comprend seize chapitres : le premier contient l'exposé sommaire des règles primordiales qui gouvernent l'acquisition ou la libération par l'effet du temps. L'auteur insiste avec raison sur la nécessité et sur la légitimité de la prescription; il faut bien, en effet, qu'il y ait un terme fixe où ce qui est, par cela seul qu'il est, soit déclaré valable et tenu pour bon; autrement on ne verrait que procès et contestations sur toute la surface du globe.

C'est dans cet ordre d'idées que Loysel était entré lorsqu'il posait cette maxime si sage : « *Ancienneté a autorité.* » (Voy. Instit. coutum. liv. V, tit. 3.)

Mais il nous paraît difficile d'accepter, dans toute son étendue, la conclusion à laquelle M. le Roux de Bretagne aboutit, lorsqu'il examine (voy. t. I, p. 11 et suiv.) la célèbre question de savoir si la prescription a pour effet d'éteindre l'obligation naturelle en même temps que l'obligation civile : « Tenons pour certain, dit l'éminent magistrat, (t. I, p. 95), « que la prescription n'est pas toujours pour le possesseur un « moyen d'acquérir, ni pour le débiteur un moyen de se li- « bérer dans le *for intérieur*. Elle n'a cet effet qu'autant « qu'ils ont été de bonne foi pendant tout le temps requis « pour son accomplissement. Que, dans un intérêt public, « la *loi civile* se soit montrée moins exigeante, on le conçoit; « mais *elle a laissé tout son empire à la loi naturelle* qui ne « permet ni d'acquérir par la possession ce qu'on sait appar- « tenir à autrui, ni de se libérer par la prescription d'une « dette qu'on sait n'avoir pas été acquittée. » Ces quelques lignes ne trahissent-elles pas une certaine confusion que l'auteur, à son insu, aurait laissée échapper dans l'expression de sa pensée, entre l'obligation naturelle et l'obligation simple-

Digitized by Google

ment morale? S'il est vrai de soutenir que la prescription, accomplie sans bonne foi, ne puisse pas anéantir le devoir de conscience qui astreint une personne à restituer ou à payer quelque chose, il ne s'ensuit pas du tout, au moins à notre humble avis, que l'obligation naturelle, elle aussi, doive être considérée comme toujours subsistante. En un mot, nous croyons qu'il convient d'établir ici une distinction bien nette entre l'obligation civile et l'obligation naturelle d'une part, et d'autre part entre cette dernière obligation et les simples devoirs de conscience. La plus parfaite des obligations, c'est assurément *l'obligation civile :* car elle est officiellement reconnue par le législateur, elle est munie d'une action, et son exécution est garantie par la puissance publique. Elle porte surtout les deux caractères distinctifs que voici : d'une part elle engendre un véritable lien, *vinculum juris*, garanti et sanctionné par le pouvoir social; d'autre part elle est essentiellement relative et elle existe entre deux personnes nettement désignées à l'avance.

A côté ou plutôt au-dessous des obligations civiles proprement dites, nous trouvons certaines obligations imparfaites, qui se rattachent sans doute au droit général des divers peuples, mais que le législateur français n'a pas élevées à la hauteur d'une institution sociale : nous sommes ici en présence de *l'obligation naturelle*, laquelle n'est pas susceptible de produire une action ni de donner ouverture à la compensation : le créancier ne peut rien exiger par la voie judiciaire.

Enfin tout à fait en dehors de l'ordre légal ou social, nous trouvons les *devoirs de conscience* ou les *obligations morales*, expression de ce sentiment inné du juste et de l'injuste, du bien et du mal, qui existe à un degré plus ou moins développé dans le cœur de chacun de nous. L'obligation purement morale n'est qu'un simple devoir de convenance, de l'accomplissement duquel l'homme n'a pas à répondre devant la société : ses effets ne se produisent que dans le for intérieur.

Dès lors *l'obligation naturelle*, considérée soit dans sa nature, soit dans ses effets, se distingue essentiellement de *l'obligation morale*. L'une et l'autre, sans doute, sont *privées d'action;* l'une et l'autre peuvent servir de *point de départ à*

Digitized by Google

la formation d'un engagement civil valable; dans les deux cas, la *répétition* n'est pas admise, lorsque l'obligation a été volontairement exécutée. L'article 1235, alinéa 2, est formel sur ce dernier point en ce qui touche l'obligation naturelle.

Mais voici entre ces deux catégories de devoirs une triple différence à signaler. En premier lieu, l'obligation *naturelle* constitue un lien de droit, moins énergique sans doute que celui qui résulte de l'obligation civile, mais nettement accusé néanmoins; on y trouve les trois termes ordinaires un débiteur, un créancier, et une chose déterminée comme objet de la dette. L'obligation *morale*, au contraire, est essentiellement impersonnelle; le montant de la dette qui découle du devoir de conscience est indéterminé : nous rencontrons un débiteur, mais pas de créancier; car, dans la sphère du droit positif, tous ces devoirs dont la source peut être la piété, la reconnaissance, l'affection, la parenté ou l'honneur, ne constituent point un lien juridique. L'homme riche, par exemple, qui néglige de faire l'aumône de son superflu, commet sans doute, au point de vue du for intérieur, une faute grave; mais en se plaçant sur le terrain légal, on ne peut pas dire qu'il viole une obligation. Le montant de l'aumône est d'autre part, essentiellement variable : le devoir ici augmente ou diminue suivant la position de fortune de l'obligé et suivant la misère des temps. L'obligation simplement morale présente donc, dans sa nature, l'indétermination la plus complète soit quant à la valeur de la chose due, soit quant à la personne du débiteur. La généralité même du devoir fait qu'il n'y a pas, à proprement parler, de créancier. — En second lieu, considérée dans ses effets, l'obligation *naturelle* fait incontestablement partie des biens du créancier, elle constitue un droit en sa faveur, et dès lors l'exécution qui pourra intervenir devra être considérée comme un payement véritable; car la cause de l'abandon se trouvera dans une dette antérieure et préexistante. Au contraire, le devoir de conscience ne fait pas partie des biens du créancier; son accomplissement constitue une véritable libéralité de la part de celui qui s'y soumet; de là il résulte que cet acte, analogue à la donation, sera *révocable* pour cause d'ingratitude ou de survenance d'enfant (art. 955 et 960), *réductible* si la ré-

Digitized by Google

serve est entamée (art. 913 et 920), *rapportable* si le bénéficiaire est appelé à la succession de celui qui a rempli l'obligation morale (art. 843 C. Nap.), etc., etc. — En troisième lieu, les effets que peut produire l'obligation *naturelle* se réalisent au gré du créancier, en dehors de l'assentiment du débiteur et même malgré sa volonté contraire formellement exprimée. C'est ainsi qu'une créance naturelle peut être valablement l'objet d'une cession ou d'un legs; c'est ainsi qu'elle comporte le gage, l'hypothèque, la solidarité, que surtout, aux termes de l'article 2012, elle peut donner ouverture à un cautionnement; dans ces dernières hypothèses, elle sert souvent d'appui à un droit civil accessoire, qui alors forme la garantie pratique du créancier. Le débiteur n'aurait pas qualité pour empêcher ce créancier de passer les divers actes que nous venons d'énoncer. *L'obligation de conscience pure*, au contraire, n'opère jamais malgré la volonté de l'obligé : il faut que celui-ci la reconnaisse spontanément, en accepte le fardeau et l'accomplisse en toute liberté en obéissant aux inspirations de son cœur. L'obligation morale ne produit donc en dernière analyse, et cela à la différence de l'obligation naturelle, que des effets *volontaires* de la part de l'obligé : de plus ces effets sont extrêmement limités : ils se bornent aux deux suivants : 1° le devoir de conscience peut servir de cause à la création d'une obligation civile; 2° la répétition de ce qui a été payé pour l'acquit d'une dette purement morale n'est point autorisée. Mais une semblable obligation n'aurait pas assez de consistance pour supporter le cautionnement, le gage, l'hypothèque, la solidarité; elle ne pourrait pas être l'objet d'une cession ni d'un legs; elle ne saurait être ni novée, ni ratifiée, en prenant ces expressions dans leur sens technique. Concevrait-on, en effet, un tiers venant cautionner à un pauvre mon obligation générale de faire l'aumône? Me concevrait-on moi-même léguant ou transportant sur la tête d'une tierce personne le devoir de conscience qui m'astreint à la charité envers mes semblables? Tous ces agissements juridiques supposent évidemment une obligation préexistante : or ici, aux yeux de la loi, il n'y a rien, c'est le néant : car la loi sociale ne peut pas descendre dans le domaine de la conscience pour faire respecter les obligations découlant de la morale pure : elle doit garder une

Digitized by Google

sage neutralité, en laissant à chaque citoyen la responsabilité de ses croyances et l'appréciation de l'étendue de ses devoirs.

Cette distinction une fois posée, nous croyons, contrairement à l'opinion émise par M. le Roux de Bretagne, que la prescription, lorsqu'une fois elle est consommée par l'invocation de l'ayant droit, anéantit en même temps l'obligation naturelle et l'obligation civile, sauf (ce qui est une tout autre question) à laisser subsister dans certains cas une dette de conscience ou une simple obligation morale. Le savant magistrat (voy. t. I, p. 13) affirme, il est vrai, « qu'en plaçant la prescrip-« tion parmi les modes d'extinction des obligations, l'art. 1234 « n'a en vue que l'obligation civile. » Mais cette assertion est « contredite à l'avance, dans notre ancien droit, par des auteurs considérables. Nous voyons, en effet, Cujas, sur les questions de Papinien, lib. 18, L. 95, paragraphe *Naturalis*, ff., *De solutionibus*, et d'Argentrée, sur l'article 273 de la coutume de Bretagne, décider que la prescription éteint l'obligation naturelle avec l'obligation civile, en procurant à celui qu'elle protége une sécurité complète, *plenissimam securitatem*. Dunod lui-même (*Traité des prescriptions*, part. 1, chap. XIV, p. 108) s'exprime ainsi qu'il suit : « La loi civile a voulu que le débiteur fût entièrement à couvert après trente années; et il ne le serait pas s'il était encore obligé naturellement. La loi civile peut éteindre l'obligation naturelle comme elle peut l'empêcher de naître, et elle l'éteint par tout ce qui, suivant les maximes du droit, tient lieu du payement..... Le consentement, qui forme l'obligation naturelle, est effacé suivant le droit naturel même, par un consentement contraire dans la prescription, parce que celui qui demeure longtemps sans demander ce qui lui est dû, le remet ou l'abandonne : la loi le présume de la sorte, et elle a raison de le présumer. » De même, en ce qui concerne la prescription acquisitive, l'excellent auteur décide qu'elle donne la propriété pleine et entière, « l'action et l'exception, la revendication même contre l'ancien maître, s'il était rentré en possession de la chose prescrite. » Telle doit être, à plus forte raison, notre solution sous l'empire du Code Napoléon; car les articles 712, 1234 et 2219 déclarent formellement que la prescription est un *moyen d'acquérir ou de se libérer*, aussi éner-

Digitized by Google

gique que tous les autres modes reconnus. M. le Roux de Bretagne lui-même le fait pressentir à la page 9 de son traité, lorsqu'il dit : « Il est certain qu'à la différence de la présomp-« tion qui n'acquiert rien et qui ne sert qu'à prouver ce qui « est acquis, la prescription a une vertu qui lui est propre : « elle éteint les droits et en crée de nouveaux. Considérée « comme extinctive, elle procure au défendeur une fin de « non-recevoir contre la demande. Considérée comme acqui-« sitive, elle confère la propriété pleine et entière et donne « non-seulement l'exception pour repousser l'action des tiers, « mais encore le droit de revendiquer l'immeuble prescrit « contre tout détenteur, même contre l'ancien maître si, par « quelque conjoncture, il en avait recouvré la possession. »

Quel est d'ailleurs le but de la prescription? quelle est sa nature intime? La prescription n'est pas seulement, ni même principalement, une peine infligée par la loi au créancier ou au propriétaire négligent : c'est, d'abord et avant tout, une institution d'intérêt social, destinée à assurer la stabilité des droits et des fortunes en arrêtant les instances, en imposant une limite forcée à l'esprit de chicane, en apportant des entraves enfin à l'humeur éternellement processive des plaideurs obstinés : or ces motifs militent en faveur de l'extinction de l'obligation naturelle, aussi bien qu'en faveur de l'extinction de l'obligation civile; car si l'obligation naturelle n'engendre pas d'action, elle produit toutefois des effets considérables qu'il importe d'écarter. Est-ce que, du reste, au point de vue rationnel, il ne serait pas bien extraordinaire que la prescription pût briser le lien si énergique de l'obligation civile, et restât comme paralysée et sans force vis-à-vis de la simple obligation naturelle? N'oublions pas que notre institution de la prescription se rattache, aujourd'hui comme autrefois, au droit général de tous les peuples civilisés : or si parfois l'obligation naturelle peut se maintenir à l'encontre du droit civil, en tant qu'elle n'a pas été l'objet d'une exclusion formelle fondée sur l'ordre public, du moins est-il certain que jamais elle ne peut subsister à l'encontre du droit des gens. Précisément parce qu'elle a sa base dans ce dernier droit, elle en relève nécessairement et elle doit tomber sous le coup des causes d'extinction qu'il admet. Est-ce que la prescription ne résulte pas d'une sorte d'acquiescement, de consentement ta-

Digitized by Google

cite, qui détruit, lorsque le débiteur veut s'en prévaloir, jusqu'aux dernières traces du lien originaire? « Vix est, dit la loi 28, ff., *De verborum significatione* (lib. L, tit. 16), ut non videatur alienare qui patitur usucapi. » Il ne peut donc rester ensuite qu'un devoir de conscience étranger au droit et qui reste dans le domaine exclusif de la morale pure.

Aussi l'on peut voir ce que décide l'article 2225, en conformité parfaite, il nous semble, avec la doctrine que nous proposons : ce texte déclare « que les créanciers, ou toute autre personne ayant *intérêt* à ce que la prescription soit acquise, peuvent l'opposer, encore que le débiteur ou le propriétaire y renonce. » Pourquoi la loi accorde-t-elle ainsi aux créanciers et plus généralement à toute personne *ayant intérêt* le droit exorbitant de critiquer un payement fait par le débiteur pour décharger sa conscience et à la suite d'une renonciation peut-être très-légitime à la prescription consommée?

La véritable explication nous paraît être celle-ci : toutes les conditions de l'acquisition par le laps de temps étant réunies dans l'espèce prévue par notre article, l'obligation naturelle avait disparu, emportée avec l'obligation civile dans une chute commune; les délais une fois accomplis, l'ayant droit principal avait déclaré vouloir en profiter; la prescription était désormais réalisée, et il ne pouvait plus rester qu'un simple devoir de morale ou de convenance à la charge du débiteur. D'un côté, dès lors, la loi voyait des créanciers certains et indiscutables, armés de titres efficaces au double point de vue du droit et de la conscience; de l'autre côté, elle apercevait un créancier douteux, discutable, porteur de titres prescrits et sans aucune valeur juridique ; au milieu apparaît un débiteur qui opte pour l'acquit de la dette de conscience, d'autant plus volontiers qu'il joue par là un mauvais tour à des créanciers exigeants et que peut-être il recevra secrètement le prix de sa renonciation frauduleuse au bénéfice de la prescription acquise. Placée en présence de semblables éventualités, la loi devait se montrer défiante; en conséquence, elle favorise les créanciers et les diverses personnes ayant intérêt à ce que le débiteur ne se rende pas insolvable en payant une dette que le pouvoir social ne reconnaît plus; elle leur permet de ne pas tenir compte de la renonciation à prescrire consentie par ce débiteur à leur préjudice. Ainsi

Digitized by Google

entendue, la décision de l'article 2225 est parfaitement équitable; car, d'après les principes du droit commun, les créanciers sont bien obligés sans doute, nonobstant le gage général à eux conféré par l'article 2092, de respecter les payements effectués par leur débiteur entre les mains de tiers investis de titres sérieux et juridiques; mais il ne peut certainement pas être permis à celui-ci d'accomplir à leur détriment des actes que la loi ne considère pas comme constituant une obligation véritable dans le for extérieur. L'acquit d'une dette de conscience est, au point de vue du droit, une véritable libéralité, et l'on ne peut faire valablement une donation qu'après avoir payé ses créanciers: *bona non sunt nisi deducto ære alieno.* L'article 2225, interprété comme nous venons de le faire, confirme singulièrement, on le voit, notre doctrine générale sur les effets de la prescription consommée : il suppose nettement l'existence de la distinction entre l'obligation naturelle et le devoir de conscience, l'obligation naturelle s'effaçant avec l'obligation civile devant l'accomplissement de la prescription qui ne laisse plus subsister qu'un pur devoir de convenance.

D'autres objections pourraient encore être proposés contre la doctrine émise par M. le Roux de Bretagne : nous nous bornons à celles qui précèdent, ne voulant pas étendre outre mesure les limites de ce compte rendu, et nous poursuivons l'examen du livre.

Dans les chapitres II à V, le savant magistrat traite successivement du droit d'invoquer la prescription quand elle est acquise, des renonciations à prescription, des personnes en faveur desquelles et contre lesquelles elle court; enfin des choses ou des droits qui admettent ou n'admettent pas ce mode d'acquisition ou de libération.

Dans le chapitre VI, consacré spécialement à la possession des immeubles, l'auteur étudie, avec une grande abondance de développements, la nature de la possession, les conditions de son acquisition, de sa conservation ou de sa perte, et la théorie des actions possessoires. Il s'occupe également des qualités requises pour *posséder*, dans le sens juridique du mot, il indique les modes de preuve usités en cette matière, enfin il précise la portée et il délimite la sphère d'application du principe de la jonction ou de l'accession des possessions.

Digitized by Google

Les chapitres VII à IX sont relatifs aux causes qui peuvent empêcher, interrompre ou suspendre la prescription. L'examen de ces différents points termine le premier volume.

Le chapitre dixième, qui forme le début du second volume indique la manière de compter le temps requis pour prescrire. Puis, dans les chapitres XI à XV, nous trouvons d'excellentes dissertations sur la prescription trentenaire, sur la prescription de dix à vingt ans, sur la prescription des priviléges et hypothèques, des servitudes, de l'action en nullité ou en rescision des conventions. Chacune de ces dissertations forme en quelques sorte un traité séparé et approfondi du sujet.

Enfin, le chapitre XVI et dernier est intitulé : — *de quelques prescriptions particulières.* Ce chapitre est subdivisé en quatre sections : la première comprend le commentaire des articles 2271 à 2278 du Code Napoléon. La seconde traite de la *possession des meubles.*

Cette partie de l'ouvrage nous a paru pécher un peu par excès de sobriété dans l'exposition, surtout si nous la rapprochons de la partie consacrée à la possession en matière immobilière, qui, elle, brille au contraire par la richesse et l'ampleur des développements. Ainsi notamment, l'auteur dit à peine quelques mots des questions si difficiles et si importantes se rattachant à la revendication des titres au porteur perdus ou volés, questions qui cependant, dans l'état actuel de la doctrine et de la jurisprudence, sont intimement liées à la théorie des articles 2279 et 2280. Ces réserves faites, nous adoptons pleinement l'opinion de M. le Roux de Bretagne quant au fondement juridique sur lequel repose la maxime que, *en fait de meubles, la possession vaut titre.* Nous pensons avec lui que l'article 2279, alinéa 1, consacre une présomption légale *juris et de jure* qui, en dehors des cas de perte ou de vol, met obstacle à la revendication du propriétaire. Mais cette présomption s'efface devant celui qui peut invoquer un droit de créance, en sorte que jamais la règle, — en fait de meubles, la possession vaut titre, — ne peut protéger les tiers détenteurs qui seraient en outre tenus de restituer en vertu d'une obligation née soit du louage, soit du commodat, soit du dépôt ou du séquestre. Le système de la *prescription instantanée*, bien qu'il ait été adopté par des jurisconsultes

Digitized by Google

d'une autorité considérable, nous a toujours paru à la fois contraire au texte et à l'intention vraisemblable du législateur. En effet l'article 2279 décide qu'en fait de meubles, la possession *vaut titre* : la loi se garde bien de dire que la possession d'un meuble puisse *valoir prescription*. Et en effet, le laps de temps n'est pas seulement de la nature de la prescription : il est de son *essence*, il est le trait qui la définit, le signe indélébile qui lui imprime sa physionomie particulière en la séparant des autres manières d'acquérir ou de se libérer. Qui dit acquisition ou libération par prescription, dit nécessairement acquisition ou libération par la révolution d'un certain nombre de jours, de semaines, de mois ou d'années : *usucapio est adjectio dominii per continuationem possessionis temporis lege definiti* (L. 3, ff., *De usurp. et usucap.*) L'instantanéité de l'acquisition qui se réalise en vertu de l'article 2279, alinéa 1, au profit du possesseur de bonne foi d'un meuble, est donc exclusive par elle-même de toute idée de prescription.

La troisième section du chapitre seizième est consacrée à l'examen des courtes prescriptions établies par le Code de commerce.

Enfin la quatrième et dernière section traite des prescriptions abrégées qui résultent de quelques lois spéciales, — prescription de l'action en responsabilité des agents de change à raison de certains transferts qu'ils sont chargés d'opérer, — prescription des créances sur l'État, — prescription en matière de douane, — de contributions directes, — ou indirectes, — d'enregistrement, — en matière de droits de greffe, d'inscription et de transcription hypothécaires et de timbre.

En résumé, le nouveau *Traité de la prescription en matière civile* de M. le Roux de Bretagne, contient un exposé net et synthétique des principes de la matière, combinés avec les différentes règles du droit civil et du droit commercial. Il forme pour ainsi dire un répertoire harmonieux et complet où les lumières d'une expérience pratique consommée viennent ajouter une clarté nouvelle aux démonstrations théoriques. C'est un ouvrage, destiné à rendre des services sérieux, et qui sera toujours consulté avec fruit tant à l'École qu'au Palais.

DANIEL DE FOLLEVILLE.

Digitized by Google

BIBLIOGRAPHIE

Par M. Batbie, professeur à la Faculté de droit de Paris.

I.

CONFÉRENCES SUR L'ADMINISTRATION ET LE DROIT ADMINISTRATIF [1], faites à l'École des ponts et chaussées,

Par M. Aucoc, conseiller d'État,

Lorsque l'école des ponts et chaussées fut fondée en 1747, sous le contrôleur-général de Machault et par l'inspiration de Trudaine, l'enseignement technique y fut seul organisé et on ne fit aucune place à des études auxiliaires d'une incontestable utilité, telles que le droit et l'économie politique. Cette lacune ne tarda pas à être remarquée et signalée; cependant elle n'a été comblée que longtemps après la création de l'école : en 1831, pour le droit administratif et en 1846, pour l'économie politique.

Le cours de droit administratif créé par décision du 20 octobre 1831 a jusqu'à ces dernières années été professé par M. Cotelle, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation. Ce long enseignement a produit le *Traité des travaux publics*, ouvrage plein de faits et de documents qu'il sera toujours utile de consulter. Lorsqu'en 1864 M. Cotelle prit sa retraite, M. Béhic, alors ministre des travaux publics, chargea de cet enseignement un maître des requêtes au Conseil d'État, M. Ch. Robert. Mais ce dernier ne tarda pas à être détourné de cette voie, car le 10 novembre de la même année il était appelé au secrétariat général de l'instruction publique. La chaire fut alors occupée pendant une année (1864-1865) par M. Boulatignier, conseiller d'État, qui pour remplir cette tâche n'eut qu'à se rappeler les leçons substantielles qu'il avait professées en 1848 à l'école d'administration. M. Boulatignier n'avait cependant

[1] 1 vol. in-8°. Dunod, éditeur, 49, quai des Augustins.

Digitized by Google

accepté qu'une mission temporaire et son successeur fut immédiatement désigné. L'année suivante, le cours fut professé par M. L. Aucoc, maître des requêtes au Conseil d'État et aujourd'hui Conseiller. Le nouveau professeur était très-connu et fort estimé parmi les membres du Conseil d'État qui avaient remarqué ses habitudes laborieuses, son esprit judicieux et le soin qu'il mettait à faire tous les travaux qui lui étaient confiés. Il s'était aussi fait connaître au dehors par sa monographie sur les *sections de commune*, ouvrage complet où une matière presque ignorée jusque-là est fouillée dans tous ses secrets. Aussi M. Aucoc fut-il précédé à l'école des ponts et chaussées par une bonne renommée qui lui attira la sympathie et la confiance de son auditoire, avant même l'ouverture du cours. Cette impression a été depuis lors confirmée et fortifiée par le succès de son enseignement pendant les années 1865-1866; — 1866-1867; — 1867-1868.

L'école des ponts et chaussées n'est pas ouverte au public comme la Sorbonne ou le collége de France. Elle n'est cependant pas absolument fermée, et les portes s'ouvrent aisément devant les auditeurs bénévoles qui veulent se joindre aux élèves des ponts et chaussées. Il suffit, pour être admis, d'obtenir l'agrément du directeur, et la permission est libéralement accordée. Mais soit que cette formalité, quoique peu gênante, refroidisse le public, soit que le public ignore l'existence de ce cours, les leçons de droit administratif de l'école des ponts et chaussées ne s'adressent qu'à un auditoire peu nombreux. Seulement comme il se compose d'hommes dont l'esprit est formé, le professeur n'a que peu d'efforts à faire pour que sa pensée soit comprise.

M. Aucoc a eu l'heureuse idée de mettre ses leçons à la portée de tout le monde en les publiant à peu près telles qu'il les a prononcées. Le premier volume qui vient de paraître contient un exposé de l'organisation administrative; c'est la partie générale du cours, celle qui peut être considérée comme un préliminaire indispensable pour l'intelligence de la partie spéciale qui a les travaux publics pour objet; celle aussi dont se serviront tous ceux qui, de loin ou de près, s'occupent d'administration. Le volume se termine par l'histoire de l'organisation du service des ponts et chaussées et l'exposé de la législation qui le régit actuellement. C'est un

Digitized by Google

résumé rapide, net, substantiel des lois sur la hiérarchie administrative. M. Aucoc nous était connu par son aptitude à creuser un sujet limité; sa nouvelle publication nous le montre sous un aspect différent et nous prouve qu'il sait embrasser l'ensemble par les grandes lignes et marcher sur les sommets aussi facilement que fouiller les recoins d'une monographie; il réunit deux qualités souvent séparées, l'étendue de l'esprit qui voit et montre l'unité du sujet, avec la patience qui ne néglige aucun détail.

L'ouvrage de M. Aucoc est de ceux qu'un compte rendu ne fait pas connaître; il faut l'étudier pour se faire une idée complète de ce qu'il vaut et du profit qu'on en peut tirer. Aussi ne chercherons-nous pas à en faire une analyse et nous bornerons-nous à dire : *Lisez*. Seulement nous signalerons deux points d'une importance qui, selon nous, est capitale. D'abord l'esprit dans lequel a été donné cet enseignement : « Si vous rencontrez, dit-il dans l'introduction, des résistances, des obstacles dans vos rapports avec les hommes (et vous en rencontrerez lors même que vous n'auriez commis aucune faute), le meilleur et le plus court moyen de vous en délivrer, ce ne sera pas de les attaquer de front, ce sera de les tourner. Non pas que je vous conseille des manœuvres tortueuses, indignes d'honnêtes gens. On peut, Dieu merci! être honnête sans être violent et rigoureux, et tout ce que je veux vous apprendre c'est que lorsqu'on veut agir sur les hommes, il faut savoir négocier, user de patience et de tempéraments. On a souvent rappelé cette parole de Montesquieu : « L'esprit de modération doit être celui du législateur. » Je voudrais vous persuader que ce doit être à plus forte raison l'esprit de l'administrateur. »

Dans les matières contentieuses, M. Aucoc suit ordinairement la jurisprudence du Conseil d'État. Comment en serait-il autrement? N'a-t-il pas contribué à la former par ses rapports comme maître des requêtes et ses conclusions comme commissaire du gouvernement? Depuis seize ans, l'auteur a pris une part très-active aux travaux du Conseil et, sur presque tous les points, il a eu l'occasion de soutenir ses opinions. Or, il est peu de questions importantes qui n'aient, pendant cette période, été soumises à la section du contentieux et dans plus d'un cas la section est revenue sur la juris-

Digitized by Google

prudence des anciens arrêts. M. Aucoc cependant est un esprit critique et indépendant Aussi s'écarte-t-il quelquefois de la doctrine des arrêts, et l'on peut dire de lui : *Rationabile est obsequium ejus*. Quand il se sépare de l'avis du conseil, on pourrait citer les conclusions contraires qu'il a données dans quelque affaire, de sorte que son opinion a toujours été formée en présence des faits et contrôlée par la pratique. C'est ce qui explique pourquoi sa doctrine, qu'elle soit ou non conforme à celle de la section du contentieux, est ferme et son exposition lucide. On sent à la lecture que l'auteur a vu la question en mouvement dans des espèces vivantes et qu'il ne marche pas dans les hypothèses abstraites.

Nous ne terminerons pas ce compte rendu sans signaler un système que l'auteur enseigne sur les juridictions administratives du premier degré. L'opinion admise par la majorité des écrivains et celle qui prévaut dans la jurisprudence du Conseil d'État donne aux actes des ministres, préfets, maires et autres agents administratifs, en matière contentieuse, le caractère d'un jugement en premier ressort. Ainsi l'arrêté ministériel repoussant une demande de pension serait une décision à laquelle s'appliquerait l'autorité de la chose jugée. Deux arguments ont servi de base à cette opinion : 1° l'appel est porté au Conseil d'État et si le ministre n'était pas juge, il n'y aurait pas de premier ressort, ce qui serait une discordance avec les règles qui ont présidé à l'organisation des juridictions. Pour que les deux degrés se retrouvent, il faut que les ministres aient la qualité de juges, même quand ils agissent *sponte suâ* et ne prononcent pas sur la demande des parties intéressées. 2° Si les parties n'ont pas déféré l'acte du ministre au Conseil d'État dans le délai de trois mois, tout est consommé et ni les ministres ni la partie ne peuvent revenir sur ce qui a été fait; il y a donc chose jugée et, par conséquent, il y a jugement et juge. Aussi le Conseil d'État décide-t-il que si les parties s'adressaient au ministre pour obtenir la réformation de l'acte dont elles se plaignent, le délai ne courrait pas moins du jour où le premier arrêté a été rendu et non du jour où la réclamation a été rejetée (Voy. arr. Cons. d'Ét. du 21 mai 1852, aff. *Cie française du filtrage*). Ce système avait été combattu fort vivement par un ancien conseiller d'État, M. Bouchené Lefer, par cette raison

Digitized by Google

principale que la juridiction implique des formes et règles de procédure qu'on ne trouve pas lorsque les agents administratifs prononcent sur les rapports de leurs bureaux. Entre ces deux opinions se place le système tempéré que propose M. Aucoc. Ce qui, d'après lui, caractérise le jugement c'est le recours de la partie. Si l'agent se prononce sans être provoqué par la demande d'un intéressé, c'est un acte et non un jugement. Que si, au contraire, l'arrêté a été rendu sur la demande d'une partie, c'est une décision de justice. Le propre de l'action administrative c'est d'être un fait d'autorité qui n'a pas besoin d'être provoqué par les parties tandis qu'on ne conçoit pas un jugement sans une demande introductive : « Ainsi, dit M. Aucoc, en exposant les cas dans lesquels les agents de l'administration active sont juges, nous écarterons tout ce qui n'est pas décision sur un litige engagé. » M. Aucoc réfute les arguments sur lesquels est fondée la théorie généralement admise : « L'obligation de former une réclamation dans le délai de trois mois contre un acte administratif n'implique pas que cet acte ait le caractère d'un jugement. En effet il en est de même pour le rôle des contributions directes : si dans le délai de trois mois on n'a pas réclamé devant le conseil de préfecture, le rôle acquiert une force équivalente à celle de la chose jugée : nulle réclamation n'est plus possible. Le rôle n'est pourtant pas un jugement... Mais, dit-on encore, le ministre ne peut plus revenir sur la décision. Non, parce qu'elle constitue un droit, soit au trésor, soit aux particuliers. Il en est de même pour les rôles des contributions directes. Cela n'est pas un caractère exclusivement propre à un jugement. » Enfin M. Aucoc s'attache surtout à combattre l'objection tirée de ce que les distinctions n'offriraient aucun intérêt : « D'abord, répond-il, il y a toujours intérêt, ce nous semble, à ne pas exprimer une idée fausse, ne fût-ce que pour parler correctement et se faire comprendre. Il y a intérêt à ne pas entretenir les préjugés contre la juridiction administrative en présentant les ministres comme juges dans une foule d'affaires où ils sont incontestablement parties... De plus, si la doctrine que nous contestons est exacte, les intérêts de l'État ne pourraient pas, dans beaucoup de cas, être défendus par les ministres devant le Conseil d'État. En effet, si les ministres étaient juges du pre-

Digitized by Google

mier degré, comment pourraient-ils défendre leurs décisions devant le juge du deuxième degré? Est-ce que les conseils de préfecture sont appelés à défendre leurs décisions devant le Conseil d'État?... Il y a encore un intérêt pratique à cette doctrine; c'est que, s'il est reconu que les ministres ne sont pas juges, une partie ne peut se prévaloir de ce qu'elle a été jugée par défaut pour former opposition à la décision du ministre. » (P. 468 et 469.)

Nous ne discuterons pas l'opinion que soutient M. Aucoc. A notre avis, les éléments manquent pour décider cette question, et c'est parce qu'ils nous ont fait défaut que, dans notre enseignement et dans nos écrits, nous avons suivi la jurisprudence du Conseil d'État. La législation est si incomplète et si peu cohérente, pour tout ce qui touche à la hiérarchie des juridictions, que les jurisconsultes ne se tireront pas des embarras dont cette matière est hérissée. C'est au législateur à compléter et à réformer les lois positives; car le simple interprète est plus gêné qu'aidé par des textes si peu clairs, d'autant que les rédacteurs n'ont jamais pensé aux questions qu'on entend résoudre avec ces dispositions obscures. Les observations de M. Aucoc sont assurément fort justes, mais elles seraient stériles si la loi devait rester telle qu'elle est, si l'analyse critique que l'auteur en a faite avec tant de sagacité ne devait pas servir à préparer une amélioration. M. Aucoc le reconnaît lui-même (p. 470) : « Nous ne disons pas qu'il ne soit pas utile d'organiser des garanties pour que des décisions ministérielles, qui ne sont pas des actes de juridiction, soient rendues en connaissance de cause, et que les parties ne soient pas obligées de subir une exécution provisoire ou les frais d'un pourvoi, quand une simple explication aurait pu éclairer le ministre et le faire revenir. » C'est en effet à ce but qu'il faut tendre et nous ne croyons pas pouvoir louer mieux l'ouvrage de M. Aucoc qu'en disant, avec une entière sincérité, que ce résumé de notre législation administrative aura servi à préparer le remaniement des textes et, sur certains points, la réforme de nos institutions. Il est évident (est-il nécessaire de le faire observer?) que nous entendons parler de réformes faites avec prudence, qui améliorent sans détruire et qui marchent avec le temps sans rompre avec le passé.

Digitized by Google

II.

PRINCIPES D'ÉCONOMIE POLITIQUE [1],

Par J. CLAVÉ.

De nombreuses tentatives ont été faites pour mettre les principes de l'économie politique à la portée de tout le monde, MM. Baudrillart, Levasseur et Garnier n'ont pas dédaigné de se consacrer à cette tâche, quelque modeste qu'elle soit en apparence, parce qu'ils savaient qu'avec de petits livres on peut arriver à de grands résultats. Si l'erreur n'a pas perdu de terrain, si nous entendons encore professer les doctrines les plus extravagantes et faire les propositions les plus folles, ce n'est pas que les ouvrages aient manqué aux lecteurs; ce sont les lecteurs qui ont manqué d'activité ou de curiosité. L'ouvrage que publie M. J. Clavé arrive opportunément. Il tombe au milieu des déclamations les plus nauséabondes contre le capital, la propriété, l'intérêt de l'argent, etc. Espérons qu'il redressera sur ces points importants les notions des personnes sincères qui cherchent la vérité avec bonne volonté et ne se complaisent pas dans leur erreur. Quant à ceux qui n'aiment pas une doctrine, si elle ne flatte pas leurs passions, nous n'attendons rien pour éclairer leur esprit des publications les meilleures et les plus accessibles. Celle de M. J. Clavé échouera probablement, comme ont échoué les excellents manuels de ses devanciers, contre l'obstination et le parti pris. Mais que de bons effets elle produirait si elle était employée dans les établissements d'instruction publique pour instruire les jeunes gens! Que de notions justes et d'impressions saines elle déposerait sur ces *tables rases*, à l'âge où l'instruction est aidée par le désir ardent de la vérité et n'a pas à lutter contre les suggestions de l'égoïsme! L'ouvrage de M. Clavé est un résumé aussi lucide que possible de la science économique. L'auteur n'a pas cherché à produire des doctrines neuves, mais à bien mettre en lumière les propositions qu'admettent tous les économistes. Il a fait la guerre à l'erreur : dans plusieurs passages directement par voie de réfutation; et dans tout le cours de l'ouvrage indirectement

[1] 1 vol. in-18; chez Hetzel, 18, rue Jacob.

Digitized by Google

par la démonstration positive. Le style en est simple et coulant, et quoique abrégée, l'exposition est toujours complète parce que M. Clavé sait choisir les bonnes raisons et écarter celles qui sont mauvaises ou douteuses. Son grand discernement lui permet d'être court sans être ni obscur ni incomplet. Ce petit livre (il n'a que 220 pages in-18) fera son chemin parce qu'il contient beaucoup de substance sous un volume qui n'effrayera personne. Ne nous bornons pas à lui souhaiter bonne chance, et osons lui prédire le succès qu'il mérite d'obtenir.

III.

LES DISCOURS DE RENTRÉE,

prononcés devant les Cours impériales d'Aix, Grenoble, Pau, Toulouse, Dijon et Bordeaux,

Par MM. DESJARDINS, Émile BERGER, REYNAUD, DIFFRE, BERNARD et BAZOT.

Les mercuriales ne sont plus en usage ; elles ont été heureusement remplacées par des discours sur des questions intéressantes d'histoire, de droit ou de législation. Ce changement permet de confier cette tâche à de jeunes magistrats, tandis que la mercuriale ne pouvait être prononcée que par des hommes ayant l'autorité de l'âge et de la position hiérarchique. D'un autre côté, les mercuriales étaient, par leur nature même, condamnées à la monotonie, car il était difficile de varier les conseils sur les devoirs de la profession. Les sujets de discours, au contraire, peuvent aisément être diversifiés. Le recueil de ces travaux serait une collection fort précieuse, et nous n'en voulons pas d'autre preuve que ceux dont nous allons rendre compte. Si nous ne parlons que de quelques uns, c'est que nous avons le regret de n'avoir pas reçu à temps les discours qui ont été prononcés devant les autres Cours. Nous compléterons cette revue dans la livraison du mois prochain.

M. Arthur Desjardins, avocat général à la Cour d'Aix, était pour la deuxième fois chargé de porter la parole à l'audience de rentrée. La première fois il avait pris pour sujet Mirabeau spécialement considéré comme jurisconsulte. Le choix de son héros avait été inspiré à M. Desjardins par le pays où il exerce ses fonctions, et certes il ne pouvait pas se conduire

Digitized by Google

plus habilement qu'en évoquant la mémoire du grand orateur dans la province qui est fière de l'avoir porté. Puisqu'en agissant ainsi il s'était concilié la bienveillance de son auditoire, M. Desjardins a pensé qu'il y aurait sagesse à suivre, cette année, la même méthode. Aussi bien les hommes abondent dans l'histoire de la Provence, et telle a été la fécondité de ce pays que chacune des grandes questions qui ont été agitées pendant la Révolution est inséparable de quelque grand nom de cette heureuse contrée. Le magistrat n'avait donc qu'à étendre la main sur l'histoire locale pour en tirer un sujet intéressant. Son discours de cette année parle de *Sieyès et du jury en matière civile.*

Que l'idée de soumettre au jury le jugement des affaires civiles ait poussé dans les esprits les plus graves au commencement d'une révolution, lorsque la nation nageait dans les illusions et les espérances, nous le comprenons sans peine. Nous nous expliquons même que cette idée ait pris naissance dans la tête de Sieyès parce que c'était un homme porté au rêve et amoureux de l'abstraction. En tout cas, il n'avait pas encore l'expérience des hommes ni des révolutions, et son erreur était excusable. Elle l'est d'autant mieux que, de nos jours encore, le jury en matière civile a des partisans parmi les jurisconsultes les plus exercés. La question est parfaitement exposée par M. Desjardins qui, après en avoir montré toutes les phases pendant la Révolution, démontre que cette innovation aurait des résultats déplorables. Entre autres objections, il développe à la page 39 une raison tirée de l'impossibilité.

« Cependant, dit-il, je suppose un moment que cette révolution ne change pas la durée des procès. Il s'agit simplement de déférer au jury les cent soixante mille affaires qu'ont à juger annuellement nos tribunaux civils et les deux cent cinquante mille affaires soumises à l'examen de nos tribunaux consulaires. Comment s'y prendra-t-on, je le demande, pour exécuter la réforme ? Dans le département des Bouches-du-Rhône, par exemple, les tribunaux civils et de commerce ont terminé contradictoirement, en 1867, 3,443 procès. Trois jurys, dont chacun serait composé de quarante membres, convoqués pour des sessions de quinze jours, devraient siéger en permanence, en supposant qu'un jury puisse expédier à peu près vingt-deux affaires par semaine; ce service exigerait chaque

Digitized by Google

année le concours de 4,120 citoyens, et comme on ne peut guère l'imposer plus d'une fois tous les quatre ans à des gens que réclamerait encore l'administration de la justice criminelle, il faudrait remplacer notre liste de cinq cents jurés par une liste de seize mille cinq cents noms. J'ai calculé qu'à Paris il faudrait mettre en réquisition, tous les quinze jours, mille citoyens, c'est-à-dire vingt-six mille par an, et substituer à la liste de deux mille jurés prescrite par la loi du 10 juin 1853 une liste de cent vingt-quatre mille noms. »

A Grenoble, M. Émile Berger, avocat général, a pris un sujet purement historique, *l'histoire du Parlement de Dauphiné.* Quel meilleur exemple pouvait-il proposer à son auditoire? D'Expilly n'avait-il pas dit que « le Parlement de Grenoble était un corps sans reproche où l'amour, l'envie, la haine, le profit et tout ce qui peut faire pencher la balance n'avaient jamais eu de part, où la justice paraissait en sa plus vive majesté? » Un autre arrêtiste n'avait-il pas dit: « On voyait cette Cour servir à toute la France, comme les Amphictyons à toute la Grèce; on y accourait de toute part, du fond de la Normandie, de la Bretagne et de la Guyenne. Ses registres étaient plus chargés des causes de la Provence, de la Bourgogne et du Languedoc que du Dauphiné lui-même. Des princes étrangers le choisissaient pour trancher leurs différends. »

M. Berger a fait du Parlement du Dauphiné une histoire attachante; le respect de la vérité y a été poussé jusqu'au scrupule; tous les détails ont été fouillés avec le plus grand soin et l'on n'y trouve pas une assertion qui ne soit appuyée de citations abondantes. C'est l'œuvre d'un érudit qui se sert de l'érudition pour découvrir le vrai et non pour faire étalage de ce qu'il sait. Le style du discours est clair, élégant et sobre. Nous regrettons que l'espace ne nous permette pas de citer les nombreux passages qui mériteraient d'être rapportés. Mais nous sommes obligé de nous réduire aux conclusions :

« Cette Cour souveraine, par ses luttes contre la féodalité et le pouvoir temporel de l'Église, a concouru à la prédominance de l'autorité monarchique, à la fondation de l'unité française, à la formation de la société moderne.

« Composée de magistrats austères et laborieux, dont l'éducation se formait par l'étude des grands écrivains de l'antiquité, elle a préparé l'uniformité de législation, en puisant

Digitized by Google

avec discernement dans les lois romaines, les principes éternels de justice que ne sauraient modifier ni les temps ni les lieux.

« Dans l'administration, le Parlement sut introduire un certain ordre au milieu des règles diverses et des enchevêtrements de pouvoirs qui couvraient la province. Ses remontrances furent souvent pour les populations une cause d'allégement de charges publiques.

« Mais le Parlement, plusieurs fois entraîné à de cruelles mesures par son zèle monarchique et par ses habitudes d'adulation pour le prince, s'associa aux répressions sanglantes des guerres de religion.

« Lorsque la nation française chercha à s'organiser et à sortir des ruines accumulées de l'ancien régime, les Parlements auraient peut-être pu rendre au pays l'éclatant service de prévenir une révolution en la rendant inutile. Malheureusement, la haute magistrature française, si remarquable dans ses fonctions judiciaires, avait des instincts contraires à un pareil rôle. Avec le temps, elle était passée en grande partie dans les rangs des privilégiés, et jusqu'au dernier moment elle ne comprit pas les aspirations légitimes du pays et n'entrevit pas les dangers qui s'approchaient. De Richelieu à Turgot, les Parlements s'opposèrent systématiquement aux idées nouvelles, aux projets utiles, aux innovations fécondes. »

A la Cour de Pau, M. Reynaud, substitut du procureur général, a traité une question d'un caractère pratique et actuel. Il s'agissait des réformes projetées en matière de procédure, et spécialement du projet relatif aux *saisies immobilières*. M. Reynaud se prononce contre l'introduction d'une double procédure, dont l'une s'appliquerait aux grandes ventes et l'autre aux ventes des petites parcelles. Il veut que les garanties soient les mêmes pour tous, ne croyant pas que des simplifications qui seraient bonnes pour les propriétés d'une valeur inférieure ne fussent pas excellentes pour les domaines les plus considérables. Mais la distinction qu'il repousse, au point de vue de la procédure, il l'admettrait pour l'exemption des droits : « La même garantie étant assurée à des droits égaux, la petite propriété est digne d'un intérêt particulier et le bienfait d'un dégrèvement, pour n'être pas général, n'en doit pas moins être accueilli avec reconnaissance. Un

Digitized by Google

système même avait été proposé, qui, par une taxe perçue en sus du droit proportionnel de mutation, reprenait sur les grandes ventes ce qui avait été abandonné pour les petites. Il n'y avait rien là que de très-praticable. Le Conseil d'État ne s'y est cependant pas arrêté; il a pris un parti plus simple et meilleur qui consiste à réduire de moitié tous les droits fixes supérieurs à 1 franc perçus avant l'adjudication, quel qu'en soit le résultat, et à modérer ceux qui la suivent si le prix n'excède pas 5,000 francs. » — M. Reynaud a traité cette question fort difficile avec une grande solidité et beaucoup de clarté. Ses conclusions sont bien préparées et, avant qu'elles n'aient été formulées par l'auteur, le lecteur les voit naître, car elles sortent naturellement de l'exposition et de la discussion.

A Toulouse, M. Léon Diffre, avocat général, a prononcé l'éloge de Fr. Bastiat. Ce discours n'est pas seulement une biographie intéressante, un résumé lucide des doctrines du célèbre économiste; c'est un acte qui mérite d'être remarqué, parce qu'il implique l'affirmation des rapports entre le droit et l'économie politique. Ce n'est pas assurément parce que Bastiat avait rempli, dans un petit canton des Landes, les fonctions de juge de paix, que M. Diffre a entretenu la Cour de Toulouse de la vie et des travaux de cet écrivain. L'honorable magistrat, en adoptant ce sujet, a, nous n'en doutons pas, voulu mettre en lumière cette pensée que l'économie politique est une science auxiliaire des études juridiques. Il était impossible, pour exécuter ce dessein, ni de saisir une occasion plus opportune, ni de choisir un sujet meilleur, ni d'employer des termes plus heureux.

A Dijon, M. Paul Bernard, avocat général, un des collaborateurs de cette revue, s'est occupé du projet de Code rural, et particulièrement du premier livre qui est relatif au *régime du sol*. Il touche à beaucoup de questions, et par la multiplicité même des points qu'il aborde, son discours échappe au compte rendu. Nous rapporterons seulement ce qu'il dit sur la notion générale de codification.

« La codification des lois françaises ne sera une œuvre durable que lorsque tous les règlements de l'ancienne monarchie et toutes les lois postérieures encore en vigueur auront été l'objet d'une révision et d'un classement méthodiques.

Digitized by Google

Une commission permanente de jurisconsultes pourrait seule tenter ce travail ; son accomplissement suffirait à la gloire d'un règne, car il opposerait une digue au flot toujours montant des lois contradictoires qui menace de submerger la justice. Une codification générale pourrait chercher alors la formule rationnelle des textes et la distribution méthodique de ce que des compilations plus ou moins inexactes intitulent naïvement les cinquante-six Codes de la législation française. Aussi, messieurs, une codification, quelque éphémère qu'elle soit, d'une branche de cette législation, est-elle un bienfait. Elle fait la lumière dans un inextricable chaos ; elle écarte les dispositions surannées, « et rajeunit, suivant l'expression de Portalis, l'autorité de cette portion des lois anciennes, restée intacte et ferme comme l'aurore de la société. »

A Bordeaux, M. Bazot, substitut du procureur général, a raconté l'histoire de l'avocat général Thibaud de Lavie, ce magistrat courageux qui fut chargé de porter à Paris les doléances de la Guienne contre les violences du duc d'Épernon, « homme puissant en cour et fortement établi dans la faveur « du premier ministre. » Sur un plus grand théâtre, de Lavie aurait acquis une gloire semblable à celle de Mathieu Molé, car son courage était à la hauteur des circonstances les plus difficiles et les plus périlleuses. Si son nom n'a pas franchi les limites de la célébrité locale, c'est qu'il a dépensé ses efforts pour la défense des intérêts d'une province. M. Bazot termine son discours par un parallèle entre Mathieu Molé et Thibaud de Lavie : « Chez lui, comme chez l'illustre premier président, l'esprit de corps n'avait pas affaibli la fidélité au roi, et le commerce assidu de Mazarin l'avait gagné pour toujours à une politique dont il avait compris la grandeur. Aussi, quand il apprend les imprudences du parlement, c'est alors que son zèle éclate : il devient l'intermédiaire choisi par la cour, et il se prodigue pour amener un rapprochement nécesaire. Rien ne le rebute, ni les fatigues, ni les dangers, ni la calomnie ; la maladie même ne peut pas abattre son courage. » Le discours de M. Bazot est un récit d'histoire locale éclairé par la pleine lumière de l'histoire générale. Indépendemment de l'intérêt du fond, il se recommande à l'attention de nos lecteurs par le ton élevé de la narration et par la distinction du style. A. BATBIE.

Digitized by Google

TABLE DES PRINCIPAUX ARTICLES

PAR ORDRE DE MATIÈRES.

DROIT CIVIL ET COMMERCIAL.

Pages.

Étude sur la vente de la chose d'autrui, par *M. A. Leligois*. 16
Étude sur les donations à cause de mort, par *M. Glasson*. 53, 167, 258, 418
Du titre-valeur dans le pratique du droit français, par *M. G. Bruneau*. 113
Les opérations qui se font sur les immeubles sont-elles des actes de commerce? par *M. Eugène Garsonnet*. 325
Examen doctrinal de la Jurisprudence en matière civile, par *M. Gabriel Demante*. 481
De la quotité disponible de droit commun, et des quotités disponibles spéciales, par *M. A. Bertauld*. 489

LÉGISLATION.

Examen doctrinal des baux ruraux ou tenures d'une durée perpétuelle, par *M. H. F. Rivière*. 193
De la succession en ligne directe, par *M. Ancelot*. 214
Révision de la législation sur les étrangers, par *M. Prévost*. 239

DROIT CRIMINEL.

Rapport de *M. Ch. Lucas* sur l'abolition de la peine de mort en Portugal. 28
Le Secret médical au point de vue de la révélation des crimes et des délits, par *M. Hémar*. 361, 513
Du délit de publication de fausses nouvelles, par *M. Boubée*. 378

DROIT PUBLIC ET ADMINISTRATIF.

Examen doctrinal des lois et de la jurisprudence en matière d'irrigation, par *M. de Saint-Malo*. 1
Examen critique de la jurisprudence du Conseil d'État, par *M. Serrigny*. 97
Des attributions des commissions syndicales, par *M. de Saint-Malo*. 126
De la patente des professions libérales, par *M. Reverchon*. 136
Examen doctrinal de la Jurisprudence administrative, par *M. Batbie*. 289
De la répartition des eaux en matière d'irrigation, par *M. de Saint-Malo*. 299

Digitized by Google

Pages.

DROIT COMPARÉ.

La loi hypothécaire en Espagne, par *M. Luis Silvela*. 401

DROIT INTERNATIONAL.

roit international. — Des jugements rendus en France; de leur exécution à l'étranger, par *M. Émile Quétand*. 251

DROIT ÉTRANGER.

Examen du projet de loi concernant de pauvres enfants connus sous ce nom populaire: *les petits Italiens*, par *M. Émile Quétand*. . . 539

BIBLIOGRAPHIE.

Commentaire théorique et pratique de la loi sur la presse du 11 mai 1868, par *M. Ant. Giboulot;* compte rendu par *M. G. Debacq*. . . 73
Le luxe, compte rendu par *M. Laisné Deshayes*. 77
Le mariage, la séparation de corps et le divorce, par *M. J. Tissot;* compte rendu par *M. Simonnet*. 84
Traité du contrat de mariage et des droits respectifs des époux, par *MM. A. Rodière* et *P. Pont;* compte rendu par *M. P. Liénard*. . 183
Commentaire théorique et pratique de la loi du 6 juin 1868 sur les réunions publiques, par *M. Georges Dubois;* compte rendu par *M. G. Debacq*, ... 190
Vie et travaux de Zachariæ (Karl-Salomon), par *M. Joseph Orsier;* compte rendu par *M. Paul Gide*. 276
La Vie, différentes manières de la concevoir et de l'expliquer, par le docteur *Debrou;* compte rendu par *M. G. Debacq*. 278
Siége de 1428; études sur les juridictions et l'administration financières, par *M. J. Loiseleur;* compte rendu par *M. G. Debacq*. . . 284
Les Constitutions d'Europe et d'Amérique, par *MM. Laferrière* et *Batbie;* compte rendu par *M. Jules Leveillé*. 478
Histoire de la législation italienne, par *M le comte Sclopis;* traduite par *M. Charles Sclopis;* compte rendu par *M. Faustin Hélie*. . . 542
Nouveau traité de la prescription en matière civile, par *M. A. le Roux de Bretagne;* compte rendu par *M. Daniel de Folleville*. 545
Bibliographie par *M. A. Batbie*. — I. Conférences sur l'administration et le droit administratif, par *M. Aucoc*. 556
— II. Principes d'économie politique, par *M. Clavé*. 562
— III. Les discours de rentrée, par *MM. Desjardins, Émile Berger, Reynaud, L. Diffre, P. Bernard* et *Bazot*. 563

NÉCROLOGIE.

Mort de M. Thomas, par *M. Worms*. 95

Digitized by Google

TABLE DES NOMS DES AUTEURS

DES PRINCIPAUX ARTICLES.

MM.		Pages.
Angelot.	De la succession en ligne directe.	214
Batbie.	Examen doctrinal de la Jurisprudence administrative.	289
—	Conférences sur l'administration et le droit administratif, par *M. Aucoc*.	556
—	Principes d'économie politique, par *M. Clavé*.	562
—	Les discours de rentrée, par *MM. Desjardins, Émile Berger. Reynaud*, etc.	563
Bertauld.	De la quotité disponible de droit commun, et des quotités disponibles spéciales. . . .	489
Boubée.	Du délit de publication de fausses nouvelles.	378
Bruneau.	Du titre-valeur dans la pratique du droit français.	113
Debacq.	Commentaire théorique et pratique de la loi sur la presse du 11 mai 1868, par *M. Antoine Giboulot*.	73
—	Commentaire théorique et pratique de la loi du 6 juin 1868, par *M. Georges Dubois*.	190
—	La Vie, différentes manières de la concevoir et de l'appliquer, par le docteur *Debrou*.	278
—	Siége de 1428; études sur les juridictions et l'administration financières, par *M. J. Loiseleur*.	284
De Folleville.	Nouveau traité de la prescription en matière civile, par *M. le Roux de Bretagne*.	545
Demante.	Examen doctrinal de la Jurisprudence en matière civile.	481
De Saint-Malo.	Examen doctrinal de lois et de la jurisprudence en matière d'irrigation.	1
—	Des attributions des commissions syndicales.	126
—	De la répartition des eaux en matière d'irrigation.	299

Digitized by Google

MM.		Pages.
FAUSTIN HÉLIE.	Histoire de la législation italienne, par *M. le comte Sclopis*.	542
GARSONNET.	Les opérations qui se font sur les immeubles sont-elles des actes de commerce?	325
GIDE.	Vie et travaux de Zachariæ, par *M. J. Orsier*.	276
GLASSON.	Étude sur les donations à cause de mort. 53, 167, 258,	418
HÉMAR.	Le secret médical au point de vue de la révélation des crimes et des délits. . . 201,	513
LAISNÉ DESHAYES.	Le Luxe.	77
LELIGOIS.	Étude sur la vente de la chose d'autrui. .	16
LEVEILLÉ.	Les Constitutions d'Europe et d'Amérique, par *MM. Laferrière* et *Batbie*.	478
LIÉNARD.	Traité du contrat de mariage et des droits respectifs des époux, par *MM. A. Rodière* et *P. Pont*.	183
LUCAS.	Rapport sur l'abolition de la peine de mort en Portugal.	28
PRÉVOST.	Révision de la législation sur les étrangers.	239
QUÉTAND.	Droit international.—Des jugements rendus en France; de leur exécution à l'étranger.	251
—	Examen du projet de loi concernant de pauvres enfants connus sous ce nom : *les petits Italiens*.	539
REVERCHON.	Patente des professions libérales.	136
RIVIÈRE.	Examen doctrinal. Des baux ruraux ou tenures d'une durée perpétuelles.	193
SERRIGNY.	Examen critique de la jurisprudence du Conseil d'État.	97
SILVELA.	La loi hypothécaire en Espagne.	401
SIMONNET.	Le Mariage, la Séparation de corps et le Divorce, par *M. J. Tissot*.	84
WORMS.	Mort de M. Thomas.	95

Paris. — Imprimerie de CUSSET et Ce, 26, rue Racine.

Digitized by Google

Digitized by Google

OUVRAGES ÉLÉMENTAIRES

DE PROFESSEURS DES FACULTÉS DE DROIT.

MM. BOITARD ET FAUSTIN-HÉLIE

LEÇONS SUR LES CODES PÉNAL ET D'INSTRUCTION CRIMINELLE, contenant le Commentaire complet de ces Codes. 9e édition, 1867. 1 vol. in-8. . . . . 9 fr.

MM. BOITARD ET COLMET-DAAGE

LEÇONS DE PROCÉDURE CIVILE. 10e édition, 1868. 2 vol. in-8. 17 fr.

M. BRAVARD-VEYRIÈRES

MANUEL DE DROIT COMMERCIAL. 6e édition, 1861. 1 vol. in-8. 9 fr.

EXPLICATION analytique et synthétique des lois nouvelles SUR LES COMMANDITES par actions, l'arbitrage forcé et les concordats par abandon. 1857. 1 vol. in-8. . . . . 3 fr.

M. BRAVARD-VEYRIÈRES

DE L'ÉTUDE ET DE L'ENSEIGNEMENT DU DROIT ROMAIN. 1837. 1 vol. in-8. . . . . 4 fr. 50

M. BUFNOIR

THÉORIE DE LA CONDITION dans les divers actes juridiques suivant le droit romain. 1866. 1 vol. in-8. 7 fr.

M. ESCHBACH

INTRODUCTION GÉNÉRALE A L'ÉTUDE DU DROIT. 3e édition, 1856. 1 vol. in-8. . . . . 9 fr.

M. LAFERRIÈRE

COURS DU DROIT PUBLIC ET ADMINISTRATIF, suivi d'un appendice contenant le Programme d'examen du Droit administratif. 5e édit., 1860. 2 vol. in-8. . . . . 18 fr

---

EXPLICATION ÉLÉMENTAIRE

DU

CODE NAPOLÉON

Mise en rapport avec la Doctrine et la Jurisprudence

PAR DELSOL

Docteur en droit, Avocat à la Cour impériale de Paris et du Ministère de l'Instruction publique.

DEUXIÈME ÉDITION

Revue, corrigée et considérablement augmentée

3 volumes in-8°. — Prix : 27 francs.

L'auteur de l'**Explication élémentaire du Code Napoléon** n'a pas cru pouvoir mieux faire que de puiser dans l'enseignement public du droit les doctrines qui y sont le plus généralement adoptées. Élève de la Faculté de droit de Paris, il s'est assimilé les leçons des maîtres les plus illustres, et, après les avoir habilement coordonnées, il en reproduit la substance dans ce livre. Les théories aventureuses et les solutions équivoques ont donc été soigneusement écartées. En un mot, l'*Explication élémentaire du Code Napoléon* est, si l'on peut ainsi parler, un OUVRAGE CLASSIQUE. *MM. les Étudiants y trouveront un écho fidèle du cours qu'ils auront suivi et la discussion complète de toutes les questions qui les attendent aux examens.*

Paris. — Imprimerie de CUSSET et Ce, 26, rue Racine.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google